Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

welche mit Genehmigung

der hohen juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

zugleich mit den angehängten Thesen

am 18. Februar 1909, Mittags 12 Uhr

öffentlich verteidigen wird

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Karl Wernecke

Referendar

aus Wartenburg a. E.

Opponenten:

Referendar Werner Küßner,

Referendar Heinrich Hammer.

Halle a. S.

Hofbuchdruckerei von C. A. Kaemmerer & Co.

1909

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0079

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitender Überblick über Gedankengang und Ergebnisse der Abhandlung 1

1. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts.

§ 2. 1. Kapitel. Die Dinglichkeitslehre 8
§ 3. 2. Kapitel. Die Obligationslehre 14

2. Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Widerspruchsklage.

§ 4. 1. Kapitel. Die materiellrechtliche Theorie . . . 18
§ 5. 2. Kapitel. Die prozeßrechtliche Theorie . . . 22

3. Abschnitt.

Das Anfechtungsrecht als Grundlage der Widerspruchsklage.

1. Kapitel.

Der Vollstreckungsschuldner ist Anfechtungsgegner.

I. außerhalb des Konkurses.

1. Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage nach der Obligationslehre.

§ 6. a) Die eigene Ansicht 26
§ 7. b) Litteratur und Reichsgericht 32
§ 8. 2. nach der Dinglichkeitslehre 38
§ 9. II. innerhalb des Konkurses 47
§ 10. III. selbständige Anfechtung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger nach §§ 40 K. O. und 11 Anf.-Ges. 51

Seite

2. Kapitel.

Der Vollstreckungsgläubiger ist Anfechtungsgegner.

§ 11. I. Die Anfechtbarkeit von Vollstreckungsakten . 52

II. Die konkursmäßige Anfechtung.

§ 12. 1. Der Konkursverwalter als Dritter . . 55

2. Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage nach der Obligationslehre.

§ 13. a) Die eigene Ansicht 57

§ 14. b) Die Litteratur 64

§ 15. c) Die Stellung des Reichsgerichts . . 69

§ 16. 3. Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage nach der Dinglichkeitslehre 77

§ 17. 4. Der „Widerspruch" gegenüber der Zwangsvollstreckung 81

§ 18. III. Die außerkonkursmäßige Anfechtung . . . 83

§ 19. 3. Kapitel. Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage nach der materiellrechtlichen Theorie . . 84

4. Abschnitt.

§ 20. Praktische Folgerungen: Stellung und Schutzmittel des Anfechtungsberechtigten gegenüber der Zwangsvollstreckung 86

Literatur.

Cosack: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger. 1884.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900 f.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. I. 3. A. 1906.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. A. 1899 f.

Fitting: Das Reichskonkursrecht. 3. A. 1904.

Frommhold: Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung. 1891.

Gaupp-Stein: Kommentar zur Z. P. O. 8./9. A. 1906 f.

Gaze: Die rechtliche Folge der Anfechtung einer anfechtbaren Rechtshandlung im Konkurse. Hall. Diss. 1903.

Goldmann: Die rechtliche Natur der Interventionsklage. Gruchot. Bd. 50. 1906. S. 805 ff.

Gütermann: Die rechtliche Natur der Widerspruchsklage. 1896.

Hartmann-Meikel: Kommentar zum Anf. Ges. 5. A. 1904.

Hellmann, Anf.: Die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung. Seuff. Bl. für Rechtsanwendung. Bd. 70. S. 401 ff.

— Lehrb.: Lehrbuch des Konkursrechts. 1907.

— Ziv. Pr. R.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.

Hellwig, Anf. Recht: Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen K. O. Z. Bd. 26. S. 474 ff.

— Anspruch: Anspruch und Klagrecht. 1900.

— Lehrb.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. 1902. Bd. II. 1907.

— Verträge: Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

— Wesen: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Jaeckel: Die Anfechtung außerhalb des Konkurses. 2. A. 1889.
Jaeger, Anf. Ges.: Kommentar zum Anf. Ges. 1905.
— K. O.: Kommentar zur K. O. 2. A. 1904.
Kleinfeller: Die Wirkung der Gläubigeranfechtung. D. Jur. Ztg. 1903. S. 386 ff.
Kohler, Lehrb.: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1891.
— Leitf.: Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. A. 1903.
Langheineken, Anspr.: Anspruch und Einrede. 1903.
— Urt. Anspr.: Der Urteilsanspruch. 1899.
Linsmayer: Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger. Münch. Diss. 1900.
Müller, Anf.-Recht: das Anfechtungsrecht der Gläubiger. Tüb. Diss. 1902.
— Pfandrecht: die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts 1907.
Oertmann: Die Wirkung der Gläubigeranfechtung. Z. Bd. 33 S. 1 ff.
Petersen-Anger: Kommentar zur Z. P. O. 4. A. 1901.
Petersen-Kleinfeller: Kommentar zur K. O. 4. A. 1900.
Reincke: Kommentar zur Z. P. O. 4. A. 1900.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. A. 1900.
v. Schrutka-Rechtenstamm: Die Freigebung fremder Sachen. 1889, 1893.
L. Seuffert, Konk.: Konkursprozeßrecht. 1899.
— Wid.-Kl.: Kann die Widerspruchsklage eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung auf das Anfechtungsrecht gegründet werden? Z. Bd. 20 S. 75 ff.
— Z. P. O.: Kommentar zur Z. P. O. 8. A. 1902.
Sohm: Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage. 1908.
Struckmann-Koch: Kommentar zur Z. P. O. 7. A. 1900.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I 1903, Bd. II 1905.
Wilmowski-K.: Kommentar zur K. O., 6. A. von Kurlbaum-Kühne. 1906.
Windscheid-Kipp: Pandektenrecht. 8. A. 1900.
Wolff: Kommentar zur K. O. 1900.

Abkürzungen.

Civ. Arch. Archiv für die zivilistische Praxis.

Bolze. Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot, hsg. von Rassow, Küntzel, Eccius.

Grünhut. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht.

J. W. Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins.

O. L. O. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, hsg. von Mugdan und Falkmann.

R. G. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Seuff. Arch. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Sächs. Arch. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, hsg. von Hoffmann, Sommerlatt, Wulfert.

Z. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, hsg. von Schultzenstein und Vierhaus.

§ 1.

Die Frage nach dem Verhältnis von Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage ist von Interesse sowohl wegen ihrer praktischen Bedeutung als auch mit Rücksicht auf die Umstrittenheit der theoretischen Konstruktion der ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Es ist für den Anfechtungsgläubiger von großer Wichtigkeit, ob er gegen eine der Anfechtung mittelbar oder unmittelbar unterliegende Vollstreckungshandlung im Wege des § 771 Z. P. O. vorgehen und die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeiführen kann, oder ob er für die Geltendmachung seines Anfechtungsrechts gegenüber der Zwangsvollstreckung auf den gewöhnlichen Klageweg beschränkt ist und Gefahr läuft, den Anfechtungsgegenstand seiner Befriedigung entzogen zu sehen. Andererseits ist die Lösung dieser Frage auch theoretisch von Bedeutung. Die beiden Rechtsinstitute, deren Verhältnis zu einander bestimmt werden soll, sind ihrer rechtlichen Natur nach Gegenstand lebhaften Streites. Die erschöpfende Behandlung unserer Aufgabe erfordert neben der dogmatischen Gegenüberstellung der entgegengesetzten Ansichten insbesondere auch die Prüfung der Ergebnisse, zu denen die eine wie die andere Auffassung für unsere Frage führt. Mit Rücksicht hierauf und auf die verschiedenen Fälle der Anfechtung selbst macht sich eine bis ins Einzelne gehende genaue Zergliederung der Darstellung erforderlich, die eine voraufgehende Hervorhebung der leitenden Gesichtspunkte zweckmäßig erscheinen läßt. Es sei deshalb zur Orientierung ein kurzer Abriß des Gedankengangs und der Ergebnisse unserer Untersuchungen vorangestellt.

Bezüglich der rechtlichen Natur des Anfechtungsrechts stehen sich die Dinglichkeitslehre und die hier kurz als Obligationslehre bezeichnete, herrschende Ansicht gegenüber. Nach der Dinglichkeitslehre stimmt das Anfechtungsrecht in jeder

Beziehung mit der Anfechtungsmaterie des B. G B. überein; es ist ein Recht des rechtlichen Könnens, nämlich das Recht zur Abgabe der Anfechtungserklärung. Der Erfolg ist rückwirkende, aber nur dem Anfechtungsberechtigten gegenüber eintretende Vernichtung des angefochtenen Rechtsaktes; aus ihr ergeben sich dann allerlei Ansprüche, insbesondere die kondiktizische Forderung des Anfechtungsberechtigten auf Rückgewähr des Anfechtungserwerbes. Die herrschende Lehre dagegen sieht im Anfechtungsrecht einen Anspruch i. S. des § 194 B. G. B. Die Gültigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung bleibt unangetastet, der Anfechtungsgegner ist nur verpflichtet, den Anfechtungserwerb dem oder den Berechtigten in den Grenzen ihrer Befriedigung zurückzugewähren, die ihnen entzogene Befriedigungsmöglichkeit wiederherzustellen. Das Anfechtungsrecht erschöpft sich in diesem Rückgewähranspruch; Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch sind identische Begriffe.

Ebenso umstritten ist die rechtliche Natur der Widerspruchsklage. Die materiellrechtliche Theorie erblickt in ihr eine gewöhnliche Leistungs- oder Feststellungsklage, beruhend auf der Verletzung des materiellen Rechts eines Dritten durch die Vollstreckungshandlung. Als solcher Verletzung fähig können nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nur Rechte am Gegenstand der Zwangsvollstreckung, d. h. nur absolute, gegen Dritte wirkende Rechte in Betracht kommen; obligatorische Rechte scheiden unbedingt und ausnahmslos aus. Die prozeßrechtliche Theorie dagegen geht nicht von dem Recht des Dritten, sondern von der Unrechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung aus. Ihr genügt jeder Übergriff der Zwangsvollstreckung über die ihr gezogenen Grenzen, nämlich über das frei verfügbare Vermögen des Vollstreckungsschuldners hinaus, ohne Rücksicht darauf, ob dadurch das materielle Recht eines Dritten verletzt wird. Daher sind auch obligatorische Rechte zur Begründung der Widerspuchsklage geeignet, soweit sie auf Herausgabe eines dem Schuldner nicht gehörigen Gegenstandes gehen. § 771 Z. P. O. ist also nicht nur dann anwendbar, wenn das dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörige Pfandstück dem Dritten zusteht,

sondern auch, wenn dieser einen Anspruch auf restitutive Rückgewähr des Pfandstücks hat. Lediglich die hieraus sich ergebende Unrechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung ist Gegenstand des Interventionsprozesses; die Entscheidung über das materielle Recht des Intervenienten, die Realisierung dieses Rechts bleibt einem besonderen Prozeß vorbehalten. So zeigt sich die Widerspruchsklage als ein mit Rücksicht auf die Zwangsvollstreckung besonders gestalteter Rechtsbehelf im Gegensatz zu den materiellrechtlichen Klagen.

Diese verschiedenen Ansichten sind der Behandlung der Frage zu Grunde zu legen, ob das Anfechtungsrecht zur Begründung der Widerspruchsklage geeignet ist. Die materiellrechtliche Theorie kommt durch ihre Beschränkung auf absolute Rechte überhaupt nur für die Dinglichkeitslehre in Betracht; deshalb soll zunächst nur die prozeßrechtliche Theorie berücksichtigt werden. Weiter ist neben dieser Scheidung der gegensätzlichen Ansichten auch eine Trennung der verschiedenen Anfechtungsfälle erforderlich. In dem der Rechtslage des § 771 mehr entsprechenden Normalfall richtet sich das Anfechtungsrecht gegen den Vollstreckungsschuldner; die Pfändung ergreift einen Gegenstand, den der Exequendus in anfechtbarer Weise erworben hat. Daneben aber ist ein zweiter Fall der, daß der Vollstreckungsgläubiger Anfechtungsgegner ist, daß nämlich die Pfändung selbst und nicht die Erwerbshandlung des Exequendus Gegenstand der Anfechtung ist.

Im Normalfall, der wiederum sein Hauptanwendungsgebiet in der außerkonkursmäßigen Anfechtung hat, ist nach der Obligationslehre die Widerspruchsklage nicht zulässig. Zwar erfüllt das Anfechtungsrecht die formellen Voraussetzungen des Widerspruchsrechts: Es richtet sich gegen den Vollstreckungsschuldner und besteht zur Zeit der Pfändung. Die materiellen Voraussetzungen des § 771 aber liegen nicht vor. Denn Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners wird durch die Anfechtbarkeit des Erwerbsaktes nicht begründet. Der an sich rechtsgültig eingetretene Übergang des Anfechtungsgegenstands in das Vermögen des

Erwerbers ist gerade Voraussetzung des Anfechtungsrechts, der Rückgewährverbindlichkeit des Erwerbers. Der Anspruch des Berechtigten geht nicht auf restitutive, sondern lediglich auf traditive Rückgewähr. Die folgerichtig durchgeführte Obligationslehre führt also notwendig zur Ablehnung der Widerspruchsklage. Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts. In der Litteratur dagegen wird überwiegend in irriger Auslegung der „Unwirksamkeit" der angefochtenen Rechtshandlung dem Anfechtungsberechtigten die Widerspruchsklage gewährt.

Die Dinglichkeitslehre führt in diesem Normalfall zum entgegengesetzten Ergebnis. Mit Abgabe der Anfechtungserklärung wird dem Vollstreckungsschuldner das Eigentum am Pfandstück mit rückwirkender Kraft entzogen. Damit fällt auch das inzwischen begründete Vollstreckungspfandrecht; die Pfändung hat einen dem Schuldner nicht gehörigen Gegenstand ergriffen und ist deshalb unrechtmäßig. Andrerseits hat auch der Anfechtungsgläubiger ein zur Begründung der Widerspruchsklage geeignetes Recht insofern, als sein kondiktizischer Anspruch gegen den Vollstreckungsschuldner ein Anspruch auf restitutive Rückgewähr ist. Auch der Gegenstand des vom Anfechtungsgläubiger angestrengten Interventionsprozesses entspricht dem Erfordernis des § 771: Der Gläubiger will nicht Durchsetzung, sondern nur Schutz seines materiellen Rechts gegenüber der Zwangsvollstreckung, er macht nur seinen „Widerspruch" gegen die Zwangsvollstreckung geltend, um die Gefährdung seines Rückgewähranspruchs zu beseitigen. Sein Vorgehen im Interventionsprozeß ist ein lediglich defensives; die offensive Realisierung seines Rechts bleibt dem gewöhnlichen Prozeßweg vorbehalten, sofern er nicht von der Vorschrift des § 771 Abs. II Z. P. O. Gebrauch macht.

Innerhalb des Konkurses ist die Rechtslage im Wesentlichen die gleiche. Abweichungen ergeben sich nur in der Person des Intervenienten — an Stelle des Einzelgläubigers tritt die durch den Konkursverwalter vertretene Gesamtgläubigerschaft —, und in Art und Umfang der Rückgewähr. Der Rückgewähranspruch selbst aber ist seiner rechtlichen Struktur nach innerhalb

wie außerhalb des Konkurses völlig gleich, ein Anspruch auf traditive Rückgewähr nach der einen, auf restitutive nach der anderen Auffassung. Es gilt deshalb bezüglich der Zulässigkeit der Widerspruchsklage innerhalb genau das gleiche wie außerhalb des Konkurses. Nur vom Standpunkt der Konkurspfandrechts-Theorie zeigt sich für die Dinglichkeitslehre ein Unterschied in der Begründung der Widerspruchsklage. Nach dieser Lehre entsteht mit der Konkurseröffnung ein gesetzliches Pfandrecht der Gläubigerschaft an der Konkunsmasse. Folgeweise fordert auch der anfechtende Konkursverwalter Rückgewähr des Anfechtungsgegenstands nicht kraft obligatorischen, sondern kraft dinglichen Rechts an der Sache, mit der activ hypothecaria der Gläubigerschaft. Sein Widerspruchsrecht ist das Konkurspfandrecht, allerdings nur dann, wenn die Pfändung nach Konkurseröffnung erfolgte, denn sonst fehlt es an dem Erfordernis der Präexistenz des Widerspruchsrechts.

Die Anfechtbarkeit kann auch unmittelbar gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger begründet sein, sofern nämlich die Voraussetzungen der §§ 40 K. O. und 11 Anf.-Gesetz für die Pfändung selbst vorliegen. Diese Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger aber ist für den Anfechtungsgläubiger ohne praktische Bedeutung. Hat er das Anfechtungsrecht gegenüber dem Vollstreckungsschuldner ausgeübt, so ist damit die Unrechtmäßigkeit der Pfändung gegeben und die weitere Anfechtung nach §§ 40 und 11 überflüssig. Die letztere allein andrerseits vernichtet zwar das Vollstreckungspfandrecht, hebt jedoch das Eigentum des Vollstreckungsschuldners am Pfandstück nicht auf, so daß mangels Nichtzugehörigkeit desselben zum Vermögen des Exequendus die Widerspruchsklage nicht begründet ist.

Im zweiten Fall der Anfechtung bildet nicht der Erwerb des Eigentums durch den Vollstreckungsschuldner, sondern die Vollstreckungshandlung selbst den Gegenstand der Anfechtung. Innerhalb des Konkurses sind Vollstreckungspfändungen stets nach § 30 Abs. II K. O. anfechtbar. Die außerkonkursmäßige Anfechtung dagegen setzt eine Rechtshandlung des Schuldners voraus. Ihr unterliegt deshalb die Pfändung nur, wenn sie

sich unter Mitwirkung des Schuldners, insbesondere in seinem kollusiven Einverständnis vollzieht. Außerhalb des Konkurses wiederum ist der intervenierende Gläubiger zweifellos „Dritter", während die Stellung des Konkursverwalters nach dieser Richtung hin zweifelhaft sein kann; auch er aber muß bei Ausübung des lediglich im Interesse der Konkursgläubigerschaft geschaffenen Anfechtungsrechts als Dritter betrachtet werden.

Die Anfechtbarkeit der Vollstreckungspfändung innerhalb des Konkurses, die für diesen zweiten Fall das Hauptanwendungsgebiet bildet, vermag nach der Obligationslehre die Widerspruchsklage nicht zu begründen. Hier fehlen nicht nur die materiellen, sondern auch die formellen Voraussetzungen. Der Anfechtungsanspruch richtet sich lediglich gegen den Vollstreckungsgläubiger und entsteht erst durch die Pfändung; er vermag also die in der Pfändung zu erblickende Verfügung des Gemeinschuldners nicht zu hindern. Sodann aber mangelt es auch an der Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen und an einem geeigneten Widerspruchsrecht des Anfechtungsgläubigers viel offensichtlicher als im ersten Fall. Das Eigentum des Exequendus wird garnicht in Frage gezogen und bestritten. Vielmehr beruht das Anfechtungsrecht gerade auf der Zugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen, zur Konkursmasse. Deshalb sind die Konkursgläubiger zum Zugriff auf diesen Gegenstand berechtigt, und deshalb können sie, wenn er unter Verletzung der par condictio creditorum gepfändet ist, Aufhebung dieser Benachteiligung fordern. Die Voraussetzungen der Widerspruchsklage sind also gerade in ihr Gegenteil verkehrt: Anstatt Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zur Masse auf Grund eines gegen den Gemeinschuldner gerichteten restitutiven Rückgewähranspruchs macht der intervenierende Konkursverwalter positive Zugehörigkeit zur Masse geltend und lediglich Nichtzugehörigkeit des Pfandrechts zum Vermögen des Vollstreckungsgläubigers auf Grund eines traditiven Rückgewähranspruchs. Hieraus ergibt sich die Unzulässigkeit der Widerspruchsklage, während

die Rechtsprechung durchweg und die Literatur überwiegend sie für gegeben erachten.

Aber auch die Dinglichkeitslehre vermag in diesem zweiten Fall die Widerspruchsklage nicht zu rechtfertigen. Die Abgabe der Anfechtungserklärung vernichtet das Vollstreckungspfandrecht des Anfechtungsgegners und gibt dem Konkursverwalter den kondiktizischen Anspruch auf Rückgewähr des Anfechtungserwerbs, d. h. auf Rückgabe des nunmehr sine causa im Besitz des Vollstreckungsgläubigers befindlichen Pfandstücks. Das Anfechtungsrecht selbst als Recht des rechtlichen Könnens vermag hier ebensowenig wie im ersten Fall die Widerspruchsklage zu begründen. Auch hier kann nur der aus der erfolgreichen Anfechtung entspringende Rückgewähranspruch — bezw. das Konkurspfandrecht - als Widerspruchsrecht in Betracht gezogen werden. Der Rückgewähranspruch steht in formeller Beziehung dem Anfechtungsanspruch der Obligationslehre völlig gleich; er ist ein erst mit der Pfändung — kraft der Rückwirkung der Anfechtungserklärung — entstehender Anspruch gegen den Vollstreckungsgläubiger, besitzt also nicht die formellen Erfordernisse des Widerspruchsrechts. Materiell ist die Rechtslage insofern geändert, als die geforderte Rückgewähr des Pfandstücks nicht bloß eine traditive, sondern eine restitutive ist. Der intervenierende Konkursverwalter hat also zwar einen restitutiven Rückgewähranspruch: dieser richtet sich jedoch entgegen der Voraussetzung des § 771 gegen den Vollstreckungsgläubiger und vermag deshalb Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Vermögen des Exequendus nicht zu begründen. Vielmehr ist in diesem Falle die Zugehörigkeit eine vollständige und uneingeschränkte. Sie wird durch die Anfechtung nicht nur als zur Zeit der Pfändung bestehend, sondern auch als späterhin nicht aufgehoben erwiesen; der Rückfall des Pfandstücks erfolgt zur Konkursmasse. Ebensowenig begründet das Konkurspfandrecht die Widerspruchsklage. Zwar richtet es sich in erster Linie gegen den Vollstreckungsschuldner, es entsteht aber, noch später als der Rückgewähranspruch, erst im Zeitpunkt der Konkurs-

eröffnung. Die Frage der Nichtzugehörigkeit zur Zeit der Pfändung wird also garnicht berührt.

Endlich scheitert die Anwendbarkeit des § 771 in diesem zweiten Fall auch an der mangelnden Voraussetzung des „Widerspruchs". Der anfechtende Konkursverwalter bezweckt die Einstellung der Vollstreckung nicht als Schutz, sondern gerade als Gegenstand seines Rechts. Das Anfechtungsrecht hat seine Grundlage und seine Spitze in der Vollstreckung; in der Richtung gegen sie erschöpft es sich. Daher ist auch mit Rücksicht auf den offensiven Charakter das Anfechtungsrecht in dieser Beziehung die Widerspruchsklage unzulässig.

Außerhalb des Konkurses ist die Rechtslage die gleiche. Die Abweichungen, bereits bei Erörterung des ersten Falles hervorgehoben, sind für das Ergebnis ohne Bedeutung.

Vom Standpunkt der materiell-rechtlichen Theorie ist die Anwendbarkeit des § 771 noch wesentlich beschränkter. Da nach dieser Lehre nur absolute Rechte zur Begründung der Widerspruchsklage geeignet sind, kann die Obligationslehre überhaupt nicht in Frage kommen. Aber auch die Dinglichkeitslehre vermag die Widerspruchsklage nur im Fall I und nur auf dem Boden der Konkurspfandrechtstheorie zu rechtfertigen. Denn sonst fehlt es an einem absoluten Recht, das durch die Pfändung verletzt wäre; der Rückgewähranspruch ist solcher Verletzung im zivilrechtlichen Sinne nicht fähig. Lediglich das auf Grund der Anfechtungserklärung mit rückwirkender Kraft entstehende Konkurspfandrecht erfüllt die Erfordernisse des § 771, vorausgesetzt, daß die Pfändung nach Konkurseröffnung erfolgte. Ist dies nicht der Fall, so ist die Widerspruchsklage überhaupt nicht gegeben. Außerhalb des Konkurses ist sie in keinem Falle begründet.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts, mit deren Betrachtung wir uns nunmehr der Lösung unserer Aufgabe im Einzelnen zuwenden, bildet den Gegenstand lebhaften Streits zwischen der Dinglichkeitslehre und der herrschenden Meinung.

Unter der Herrschaft des alten Rechts war diese Frage unumstritten: Sowohl in der Litteratur wie auch in der Rechtsprechung wurde dem Anfechtungsrecht einmütig obligatorische Wirkung zugeschrieben.[1]) Erst nach dem Inkrafttreten des B. G. B. hat sich hiergegen Widerspruch erhoben. Hellmann[2]) und Gaze[3]) nämlich haben, auf Unklarheit der alten K. O. und der Motive sich stützend, die Behauptung aufgestellt, die Gläubigeranfechtung habe bereits im alten Recht dingliche Wirkung besessen, daher sei seine dingliche Kraft im neuen Recht „keineswegs die Umkehrung eines bisher unzweifelhaften Grundsatzes in sein Gegenteil, sondern die Anpassung einer schon dem bisherigen Recht bekannten Rechtslage an die Kodifikation des bürgerlichen Rechts".[4]) Die übrigen Vertreter der Dinglichkeitslehre — ihr Begründer Hellwig,[5]) ferner Crome,[6]) Windscheid-Kipp,[7]) Wolff,[8]) Fitting[9]) — schließen sich dieser Ansicht nicht an, aber auch sie gelangen für das neue Recht zur Annahme dinglicher Wirkung der Anfechtung. Ihrer Auffassung nach gelten seit dem Inkraftreten des B. G. B. dessen Vorschriften und Begriffe für das gesrmte Reichsprivatrecht, soweit nicht ein Sondergesetz einem Begriff „eine spezifische, der Eigenart des Tatbestandes angepaßte Bedeutung"[10]) verleiht. Es ist also ouch der Anfechtungsbegriff in K. O. und Anf.-Ges. im Sinn des B. G. B. zu fassen;[11]) insbesondere wird hierfür die Ausmerzung des Ausdruckes Anfechtungs-

1) So namentlich R. G. 7. 35, 10. 11, 13. 6, 30. 92, 32. 24, 40. 6, 42. 367, 44. 92.

2) Hellmann Anfechtung S. 401 f.

3) S. 2, 3, ausdrücklich ablehnend z. B. Crome I S. 353.

4) Hellmann Anfechtung S. 411.

5) Anf.-Recht S. 474 f., Verträge § 58, Anspruch S. 260.

6) Bd. I S. 352 f.

7) Bd II S. 955 f.

8) § 29 K O. Anm 10.

9) § 18; vgl. ferner noch Müller, Anf.-Recht; Voss Z. Bd. 31 S. 535 f; v. Mayr, Bereicherungsanspruch (1903) S. 401 f.

10) Endemann I S. 72.

11) So z. B. Hellwig Anf.-Recht S. 477, Gaze S. 7.

anspruch[1]) und die Geltendmachung des Anfechtungsrechts durch formlose einseitige Willenserklärung[2]) des Berechtigten herangezogen. „Aus diesen Änderungen im Wesen des Anfechtungsrechts und in der Ausübung der Anfechtung ergibt sich, daß K. O. II auch die rechtlichen Folgen der Anfechtung nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften geordnet wissen will, daß sie dingliche Wirkung der Anfechtung will.“[3])

Die Dinglichkeitslehre sieht also das Wesen des Anfechtungsrechts in der Befugnis des Anfechtungsberechtigten, die ihn benachteiligende Rechtshandlung durch Abgabe der Anfechtungserklärung anzufechten und damit ihm gegenüber mit Wirkung ex tunc zu vernichten. Das Anfechtungsrecht ist gerade so ein Gestaltungsrecht oder „Recht des rechtlichen Könnens“[4]) wie das Anfechtungsrecht oder das Rücktrittsrecht des B. G. B. Doch ist die durch die Anfechtungserklärung herbeigeführte Richtigkeit nur eine relative, sie tritt nur im Verhältnis zu den Gläubigern ein, während Dritte sich nicht auf sie berufen können.[5]) Die Eigentumsübertragung, die Abtretung von Forderungen, die Bestellung von dinglichen Rechten, die der Schuldner in anfechtbarer Weise vorgenommen hat, verlieren ihre Gültigkeit; die anfechtbar veräußerten Vermögenswerte gehören wieder nach wie vor zum Schuldnervermögen und unterliegen mit diesem dem Zwangszugriff des oder der Anfechtungsberechtigten. Der Anfechtungsgegner besitzt keinerlei Recht am Anfechtungsgegenstand mehr und muß ihn, oder wenn Naturalrestitution nach Maßgabe der Anfechtungsgesetze nicht mehr möglich ist, seinen Wert zum Schuldnervermögen

1) Müller Anf.-Recht S. 26, 27.

2) Gaze S 11.

3) Gaze S 11, ähnlich Hellwig Vertr. S. 381, Anf.-Recht S. 477.

4) Zitelmann Internat. Priv.-Recht II S. 32 f; s. auch Enneccerus Rechtsgesch. Kategorie der Erwerbsberechtigungen II S. 600 f.

5) Gaze S. 16, 23, Hellwig Anspruch S 260 N. 16, Windscheid-Kipp II S. 955, u a. Gegen diesen von Windscheid mit Recht als „ein sich verkehrter Begriff“ bezeichnete relative Richtigkeit insbesondere Oertmann a. a. O. S. 26 f.

zurückgewähren. § 37 K. O. und § 7 Anf.-Ges. heben diese Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners, deren maßgebende Bedeutung für die Lösung unserer Aufgabe sich später zeigen wird, ausdrücklich hervor.

Über die Bedeutung dieser Bestimmung und die Konstruktion des Rückgewähranspruchs auf Grund der Richtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung gehen die Ansichten innerhalb der Dinglichkeitslehre auseinander. Hellwig[1]) erblickt in dem Rückgewähranspruch eine selbstverständliche Folgeerscheinung der Richtigkeit des Rechtsaktes: „ . . . In den meisten Fällen handelt es sich nicht nur um Rückgängigmachung eines Rechtserfolgs, sondern durch diese entstehen Ansprüche auf Leistungen verschiedenster Art, so z. B. auf Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs . . . Namentlich aber vergeben sich aus der Nichtigkeit der Rechtshandlung nicht bloß dingliche Ansprüche, sondern auch die viel weiter gehenden „Forderungen auf Rückgewähr" von alle dem, was nunmehr als sine causa an den Gegner gelangt anzusehen ist. Diese von unserem Standpunkt aus selbstverständlichen Ansprüche gewährr § 37 I ausdrücklich . . . Die Ansprüche auf Leistung, welche aus der vom Verwalter herbeigeführten Unwirksamkeit entspringen, kann man Anfechtungsansprüche nennen, wie dies auch § 13 I Anf.-Ges. tut. Von fundamentaler Bedeutung ist es, daß man die doppelte Rolle, in welcher der Verwalter hierbei handelt, scharf auseinander hält. Die Anfechtungserklärung gibt er als das hierzu berufene Organ der Gläubiger ab; er handelt in ihrem Namen und übt ihr Recht aus. Die Folgen dieser Aktion aber treten direkt nicht für die Gläubiger, sondern für die Konkursmasse ein. Daher ist in diesem Prozeß nicht etwa der Konkursverwalter Partei, sondern die Masse, die denn auch bei Zurückweisung der Klage die Prozeßkosten zu tragen hat; sonst würde Klage auf Leistung an Dritte vorliegen."

Diese Ansicht Hellwigs, die bei der entscheidenden Bedeutung des Rückgewähranspruchs für unsere Aufgabe ausführlicher dargestellt werden mußte, kann für zutreffend nicht

1) Anf.-Recht S. 482; ebenso Hellmann Anf. S. 420, Gaze S. 7, 19.

erachtet werden. Hellwig, und ebenso Kohler,[1]) betrachtet den Anspruch als condictio sine causa und damit notwendig als Recht der Masse, des Gemeinschuldners. Den die condictio kann naturgemäß nur dem zustehen, dessen Vermögen der zu kondizierende Gegenstand entzogen ist. Auch lehnt er ein Recht auf Leistung an Dritte ausdrücklich ab, bezeichnet vielmehr die Masse als Partei in diesem Prozeß und stellt dementsprechend den Kondiktionsanspruch mit dem Eigentum (des Gemeinschuldners) auf eine Stufe: „ . . . Gerade so wie auch sonst der Kläger nicht auf den Eigentumsanspruch beschränkt ist, wenn seine Leistung dadurch sine causa wird, daß die Tradition infolge Anfechtung wegen Betrugs u. s. w. nichtig wird.“[2]) Gegen diese Auffassung spricht sowohl der Begriff der relativen Nichtigkeit als auch das Gesetz selbst. Die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung besteht ja nur den Gläubigern gegenüber, der Schuldner kann Rechte aus ihr nicht herleiten,[3]) ebensowenig die Gläubiger Rechte des Schuldners in ihrem Interesse gelten machen. Innerhalb des Konkurses könnte der Rückgewähranspruch allenfalls als Ausfluß des Verwaltungsrechts des Konkursverwalters aufgefaßt werden. Die Wesensgleichheit von konkursmäßiger und außerkonkursmäßiger Anfechtung aber läßt deutlich erkennen, daß die Gläubigerschaft Subjekt nicht nur des Anfechtungsrechts, sondern auch des aus der Anfechtung entspringenden Rückgewähranspruchs ist. § 7 Anf.-Ges. bezeichnet diesen Anspruch ausdrücklich als Recht des Gläubigers; folgeweise muß auch innerhalb des Konkurses die Gläubigerschaft als Subjekt des Anspruchs gedacht werden. In ihrem Interesse erfolgt ja die Anfechtung, lediglich in ihrem Interesse auch die Rückgewähr des Anfechtungserwerbs zum Schuldnervermögen.[4])

Der Rückgewähranspruch der Gläubigerschaft muß also nach der Dinglichkeitslehre als Recht auf Leistung an Dritte betrachtet werden. Als solches ist er aber keineswegs selbst-

1) Lehrbuch S. 143 f.
2) Hellwig Anf.-Recht S. 482 N. 18.
3) Gaze S. 16, 23.
4) Vergl. R. G. 52, 333.

verständliche Folge der Richtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung, sondern bedurfte durchaus der ausdrücklichen Hervorhebung. Denn ohne diese würde der Anfechtungsgläubiger auf Grund der Anfechtungserklärung kein Recht unmittelbar gegen den Anfechtungsgegner haben; die Rechtslage würde die gleiche sein wie bei jeder Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner gehörige, aber im Besitz eines Dritten befindliche Sache. Der Anfechtungsgläubiger würde mangels Herausgabebereitschaft des Dritten erst den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe gemäß § 846 ff Z. P. O. pfänden müssen,[1]) und ebensowenig würde die Gläubigerschaft ein unmittelbares Recht gegen den Dritten haben. Diesem gehört zwar der Anfechtungsgegenstand nicht, er ist aber auch nicht ipso iure den Anfechtungsberechtigten zur Rückgewähr verpflichtet. Sollte deshalb dem Gläubiger ein unmittelbares Zugriffsrecht gegeben werden, so mußte eine ausdrückliche Bestimmung in das Gesetz aufgenommen werden. Die Vorschrift der §§ 37 K. O. und 7. Anf.-Ges. sind durchaus berechtigt und notwendig, und zu Unrecht wird gegen den Gesetzgeber der Vorwurf mangelnder Gesetzesökonomie erhoben.[2])

Die Anhänger der Dinglichkeitslehre berufen sich mit besonderem Nachdruck auf den rechtspolitischen Wert ihrer Ansicht, die über viele Schwierigkeiten hinweghelfe, stets zu klaren Ergebnissen führe, und die Gläubigeranfechtung in vollen Einklang mit der Anfechtung des B. G. B. bringe.[3]) Trotzdem aber hat sie in der Literatur nur einen kleinen Kreis von Anhängern gefunden, und in der Rechtsprechung hat sie sich nirgends durchzusetzen vermocht. Eine nähere Würdigung und Widerlegung erübrigt sich im Rahmen unserer Untersuchung. Einzelne praktische Bedenken werden im Verlauf der Abhandlung hervortreten; grundsätzlich aber handelt es sich für uns lediglich darum, das Anfechtungsrecht nach den beiden entgegengesetzten Ansichten dogmatisch darzustellen und daraus

1) Müller Anf. Recht S. 37; Gaze S. 20: „Rechtsschutzanspruch"; unentschieden Hellwig Anspruch § 55 Anm. 96, Wesen § 54 N. 11.

2) Hellmann Anf. S. 412.

3) Windscheid-Kipp S. 957, Hellmann Anf. S. 417, Gaze S. 25.

die Folgerungen nach einer bestimmten Richtung hin zu ziehen. Hier genügt der Hinweis auf die eingehende Widerlegung der Dinglichkeitslehre in der Literatur.[1] Nur das mag hervorgehoben werden, daß bei der völligen Wesensverschiedenheit der Anfechtungsmaterie nach B. G. B. und Anfechtungsgesetzen nicht ipso iure eine Umgestaltung des Gläubigeranfechtungsrechts im Sinne des B. G. B. gemäß Art. 32 E. G. z. B. G. B. erfolgt ist, und daß die für das Wesen des Anfechtungsrechts maßgebenden §§ 29 K. O., 1 Anf.-Ges.[2] durch die Neuredaktion nicht geändert worden sind.

§ 3.

Das Wesen des Anfechtungsrechts nach der herrschenden Lehre[3] soll im Folgenden in der Weise entwickelt werden, daß wir nach einander die Person des Anfechtungsberechtigten, die des Anspruchsverpflichteten, und endlich die angesprochene Leistung ins Auge fassen. Diese Zergliederung des Anfechtungsrechts wird später von Wichtigkeit bei der Frage nach den Parteien des Interventionsprozesses.

Subjekt des Anfechtungsanspruchs[4] ist im Konkurs die Gläubigerschaft, außerhalb des Konkurses der benachteiligte Einzelgläubiger. Die konkursmäßige Anfechtung übt der Verwalter aus; es könnte deshalb fraglich sein, wer hinter ihm als Träger des von ihm geltend gemachten Rechts steht. Die Rückgewähr des Anfechtungserwerbes erfolgt an den Schuldner, so daß dieser als Subjekt des Rückgewähranspruchs gedacht werden könnte, wie Hellwig auch annimmt. Nach der Obligationslehre aber ist zweifellos gemäß § 7 Anf. Ges. und

1) Insbesondere Jäger § 29 K. O. Anm. 10 ff, § 1 Anf.-Ges. Anm 15 ff; Kleinfeller S. 386; Oertmann S. 3 ff.

2) Hellmann Lehrb. S. 370, Gaze S. 21.

3) R G. insbes. 50 124; 52. 340; 58. 107; v. 28. VI. 04 Recht 8 S. 388. Kommentare zur K. O. außer Wolff, L. Seuffert Konkurs S. 220, Kohler Leitf. § 21, Langheineken Anfpruch S 115 ff, Oertmann S. 29 ff, Hartmann-Meikel S. 36, usw.

4) Vgl. hierzu Jäger Anm. 4 zu § 36 K. O.

entsprechend § 37 K. O. der Einzelgläubiger bezw. die Konkursgläubigerschaft Subjekt das mit dem Anfechtungsanspruch gleichbedeutenden Rückgewähranspruchs. Die Rückgewähr wird gefordert nicht nur im Gläubigerinteresse, sondern auch kraft Gläubigerrechts.[1]) Der Schuldner ist an ihr nicht interessiert, denn das anfechtbar veräußerte Vermögensstück wird nur in sein Vermögen zurückgeführt oder als ihm wieder gehörig behandelt, um sogleich zur Befriedigung des Anfechtungsberechtigten verwendet zu werden.

Anfechtungsgegner[2]) ist grundsätzlich nur der Empfänger des anfechtbaren Erwerbs, während der Schuldner selbst für den Anfechtungsanspruch garnicht in Betracht kommt. Ein Anspruch, der Rückgewähr an den Schuldner fordert, kann sich unmöglich zugleich gegen diesen richten. Würde der Anfechtungsberechtigte zugleich gegen den Schuldner klagen, so könnte dieser Mangel der Passivlegitimation einwenden und würde damit insoweit Klageabweisung herbeiführen.[3]) Abweichend nimmt R. G.[4]) an, die Anfechtungsklage könne zugleich gegen den Schuldner gerichtet werden „zu dem Zweck, um seinen Widerspruch gegen die Anfechtung und Rückgewähr durch richterliches Urteil zu beseitigen". Ein solcher Widerspruch würde völlig unerheblich sein. Wenn er aber im Weg der Klage beseitigt werden soll, so kann die Klage nie die Anfechtungsklage, sondern nur die Klage auf Feststellung der Anfechtbarkeit sein, deren Verbindung mit der ersteren unter den Voraussetzungen des § 256 Z. P. O. zulässig ist.[5]) In den Motiven[6]) heißt es: „Die Person, gegen welche das Anfechtungsrecht sich richtet, ist zwar sowohl der Gemeinschuldner wie derjenige, mit dem jener die anfechtbare Rechtshandlung

1) Wach Handb. I § 51 Nr. 5, abw. Petersen Z. Bd. 9 S. 45 f, Gaze S. 52.

2) Schrutka II S. 77, Wilm.-Kurlb. § 29 A. 18, Mot. z. K. O. S. 113.

3) R. G. 35. 95, vgl R. G. v. 17. II. 86 Bolze 2 Nr. 586.

4) 11. X. 86 Bolze 3 Nr. 376.

5) R. G. 35. 96.

6) Mot. z. K. O. S. 113.

vorgenommen hat, aber gegen diesen allein ist das Anfechtungsrecht auszuüben, eine Zuziehung des Gemeinschuldners ist nicht erforderlich, denn nur er, nicht der Gemeinschuldner soll die Folgen des Anfechtungsrechts gewähren". Diese Ansicht kann nach dem oben Gesagten nur insoweit anerkannt werden, als die Anfechtung im wirtschaftlichen Endergebnis sich gegen den Schuldner richtet, der Gläubiger sich aus dem aufzufüllenden Schuldnervermögen Befriedigung verschaffen will; rechtlich aber wird der Schuldner vom Anfechtungsrecht nicht berührt.[1])

Die Leistung[2]) endlich, die der Anfechtungsberechtigte kraft seines Anspruchs fordert, ist gemäß § 37 K. O. und § 7 Anf.-Ges. „Rückgewähr" des Anfechtungserwerbes auf Grund obligatorischer Verpflichtung des Anfechtungsgegners, nicht infolge Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsaktes. In diesem Sinne ist die „Unwirksamkeit" der §§ 29 K. O. und 1 Anf.-Ges. zu verstehen, deren Erläuterung § 37 und § 7 enthalten. Das Anfechtungsrecht erschöpft sich in der Rückgewährverbindlichkeit des Anfechtungsgegners. Die anfechtbare Handlung ist weder absolut noch auch relativ nichtig, sondern durchaus rechtsgültig. Nur darf sich der Anfechtungsgegner dem benachteiligten Gläubiger gegenüber nicht auf das anfechtbar erworbene Recht berufen. Er muß ihm vielmehr die verlorene Zugriffsmöglichkeit bis zur Grenze seines Befriedigungsbedürfnisses wiederherstellen. Der anfechtbare Erwerb ist zurückzugewähren „als noch zum Schuldnervermögen gehörig", d. h. nicht weil er noch dazu gehört, sondern in gleicher Weise als ob er noch zu ihm gehörte, während er in Wahrheit aus ihm ausgeschieden ist. Folgerichtig gehört der Anfechtungsgegenstand bis zum Vollzug der Rückgewähr zum Vermögen des Anfechtungsgegners und unterliegt dessen unbeschränkter Verfügungsmacht.[3])

1) Jäger Anf.-Ges. § 1 A. 72, § 7.

2) Begründung z. Anf.-Ges. S. 21 f.; R. G. 9. 71, 43. 85, 50. 124, 56. 195; Jäger zu § 37 K. O. u. 7. Anf.-Ges.

3) Jäger K. O. § 29 Anm. 15, Anf.-Ges. § 1 Anm. 21.

Das Anfechtungsrecht ist also ein rein obligatorischer Anspruch im Sinn des § 194 B. G. B.[1]) entstehend mit Vornahme des anfechtbaren Rechtsaktes. Gegenstand der Obligation ist innerhalb des Konkurses regelmäßig eine positive Leistung, und zwar eine Leistung an einen Dritten. Denn die Wiederherstellung der Befriedigungsmöglichkeit für die Konkursgläubiger erfolgt im Konkurs durch positive Rückgewähr des Anfechtungserwerbs zur Masse. Außerhalb des Konkurses dagegen würde die Rückgewähr an den Schuldner einen Umweg darstellen. Hier handelt es sich nur um einen Gläubiger, dessen Befriedigungsbedürfnis genügt werden soll. In diesem Fall ist der Anfechtungszweck schon dann erfüllt, wenn der Anfechtungsgegenstand dem Gläubiger zur Zwangsvollstreckung bereit gestellt wird. „In derselben Weise, wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben wäre, gegen diesen sich aus ihr würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso hat der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zweck der Befriedigung über sich ergehen zu lassen. Stellt er die Sache dem Gläubiger in der Weise zur Verfügung, daß die Zwangsvollstreckung in dieselbe erfolgen kann, so ist damit seine Verpflichtung erfüllt".[2]) In all den Fällen also, in denen der Anfechtungserwerb im Vermögen des Anfechtungsgegners noch erkennbar vorhanden ist, beschränkt sich die Rückgewährverbindlichkeit auf Duldung der Zwangsvollstreckung.[3]) Der Anfechtungsanspruch geht daher außerhalb des Konkurses in der Regel auf ein Unterlassen, nämlich der Geltendmachung des besseren dinglichen Rechts am Gegenstand, im Gegensatz zur konkursmäßigen Anfechtung.

---

1) R. G. 52. 334, 58. 44, v. 28. VI. 04 J. W S. 496 Nr. 25; Langheineken Anspr. S. 117 f; Jäger § 1 Anf.-Ges. Nr. 65. Für besondere Anfechtungserklärung Kohler Leitf. S. 137 f.; L. Seuffert Konk. § 37.

2) Begründung z. Anf.-Ges. S. 21, vgl. R. G. 43. 85, 47. 221, 50. 124.

3) Über die Fälle positiver Rückgewähr Jäger K. O. § 29 A. 8; R. G. 9. 71, 10. 10, 44. 94, 47. 376; J. W. 02 S. 221 Nr. 30.

Weiter ist der Umstand, daß außerhalb des Konkurses das Befriedigungsbedürfnis nur eines Gläubigers in Frage steht, für den Anfechtungsanspruch auch insofern von Bedeutung, als er den Umfang der Rückgewähr begrenzt.[1]) Die Rückgewährverbindlichkeit findet ihre Grenze an dem Befriedigungsbedürfnis des benachteiligten Gläubigers. Innerhalb des Konkurses ist die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens meist eine derartige, daß auch die anfechtbar veräußerten Vermögenswerte zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichen, daher ist wenigstens der Anfechtungserwerb in seinem ganzen Umfang zurückzugewähren. Außerhalb des Konkurses dagegen wird häufig wegen einer verhältnismäßig geringfügigen Forderung die Veräußerung eines wertvollen Gegenstandes angefochten, oder es sind mehrere Sachen veräußert worden, deren eine oder einige bereits zur Befriedigung des Gläubigers ausreichen. In diesen Fällen wird der Anfechtungserwerb dem Anfechtungsgegner nur entzogen, „soweit es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist"; im Übrigen verbleibt er ihm. Die Dinglichkeitslehre führt hier durch die Vernichtung des gesamten Anfechtungserwerbs zu Ergebnissen, die sich schlechterdings nicht als rechtspolitisch wünschenswert und wertvoll bezeichnen lassen.[2]) Die herrschende Ansicht dagegen bringt in der angegebenen Art den Interessengegensatz zwischen Anfechtungsgläubiger und -Gegner in durchaus zweckmäßiger Weise und richtiger Beschränkung zum Ausgleich.[3])

§ 4.

Diese beiden einander so scharf gegenüberstehenden Ansichten sollen nun in ihrem Verhältnis zu § 771 Z. P. O. untersucht werden. Es handelt sich um die Frage: Kann der

1) Hierzu Jäger § 7 Anf.-Ges. A. 2.

2) Jäger K. O. § 29 A. 14, Anf.-Ges. § 1 A. 20; R. G. 13. 6, 47. 220; Kleinfeller S. 387.

3) Vgl. auch Meyer J. W. 02 S. 613 f.; Petersen Z. 10 S. 17 ff.; Krasnopolski bei Grünhut Bd. 14 S. 45 ff.

Anfechtungsgläubiger auf Grund seines Anfechtungsrechtes gegen eine Zwangsvollstreckung im Wege der Widerspruchsklage vorgehen, wenn die Vollstreckung sich gegen den Anfechtungsgegner oder gegen den Schuldner selbst richtet, wenn der Erwerb des Pfandstücks durch den Vollstreckungsschuldner oder die Pfändung selbst den Gegenstand der Anfechtung bildet? Zur Beantwortung dieser Frage muß vorerst die Widerspruchsklage nach ihrer rechtlichen Natur einer näheren Begriffsbestimmung unterzogen werden.

Die Vorschrift des § 771 rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Zwangsvollstreckung nur das Vermögen des Vollstreckungsschuldners ergreifen soll, daß aber diese Grenze mit Rücksicht auf § 808 Z. P. O. leicht überschritten werden kann. Um der Gefahr eines solchen Übergriffs der Vollstreckung zu begegnen, gibt § 771 dem Dritten, der „ein die Veräußerung hinderndes Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung" für sich in Anspruch nimmt, das Recht, den Widerspruch gegen die Vollstreckung im Weg der Klage geltend zu machen. Für die Begründung dieser Klage ergeben sich zwei Möglichkeiten, die zu dem in der Literatur herrschenden Streit geführt haben: Sie kann gestützt werden entweder auf das materielle Recht des Dritten und auf dessen Verletzung durch den konkreten Vollstreckungsakt, dann ist sie Geltendmachung der privatrechtlichen actio negatoria gegenüber der Pfändung; dies ist der Standpunkt der sog. materiellrechtlichen Theorie. Sie kann aber auch lediglich die Unzulässigkeit des Übergriffs der Vollstreckung über das Vermögen des Schuldners hinaus geltend machen, ist prozessualer Natur und steht jedem zu, „dessen Recht seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach mit dem Schuldnereigentum unverträglich ist".[1]) Dann sind im Gegensatz zur materiellrechtlichen Theorie auch gewisse obligatorische Rechte zu ihrer Begründung geeignet. Diese Lehre wird als die prozeßrechtliche bezeichnet.

1) Gaupp-Stein I zu § 771.

Den Ausgangspunkt der materiellrechtlichen Theorie[1]) bildet der Satz, daß das Prozeßrecht einen privatrechtlichen Anspruch nicht schaffen kann, der vom Privatrecht noch nicht anerkannt gewesen ist. „Ohne Zweifel kann das Prozeßrecht in der verschiedensten Weise auf das materielle Recht einwirken, es kann einem zivilen Rechtsanspruch Schutz und Sicherung verleihen und dadurch zur Kräftigung desselben beitragen, allein es kann nicht einen zivilen Rechtsanspruch völlig neu aus dem Nichts schaffen. Das materielle Recht muß bereits vorhanden sein, ehe das Prozeßrecht daran gehen kann, ihm eine besondere Form der Durchführung anzuweisen.“[2]) So muß sich auch die Widerspruchsklage auf ein subjektives Privatrecht stützen, das durch die Vollstreckungshandlung verletzt wird und dem Verletzten nach den Normen des Privatrechts ein Klagerecht gegen den Verletzenden gibt.

Der Begriff der veräußerunghindernden Rechte, die die Grundlage der Widerspruchsklage bilden, ist mithin aus dem bürgerlichen Recht zu bestimmen. Als solche Rechte, die die Veräußerung des Vollstreckungsgegenstands zu hindern geeignet sind und durch den Pfändungsakt verletzt werden, kommen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nur absolute Rechte, die „Rechte an einem Objekt mit ausschließender Wirksamkeit gegen Dritte“,[3]) in Betracht. Die persönlichen Ansprüche scheiden „unbedingt und ausnahmslos“ aus, denn sie begründen ein Recht lediglich gegen den Schuldner, nie ein gegen Dritte wirkendes Recht an der Sache, sie können also durch die Zwangsvollstreckung nicht verletzt werden. Ergreift

1) Insbesondere Frommhold Widerspr. Kl., ferner Gütermann, Olshausen Einsprüche Dritter . . (1874), Nessel Das Pfändungspfandrecht 1897, Pretsch Arch. f. ziv. Pr Bd. 99 S. 445 f, Riehl Pfändungspfandrecht S. 38, Staub J W 1887 S. 408, Hellmann Ziv.-Proz.-R. S. 834, Wilm-Levy 1 zu § 771, Struckmann-Koch 1 zu § 771; u. a. Unentschieden R. G., der materiellrechtlichen Theorie näher stehend v 10. III. 87 Seuff. Arch. 42 S. 263; 4. XII. 89 J. W. 90 S. 9; J. W. 90 S. 42 Nr. 2; Bd. 61 S. 430.

2) Frommhold S. 188.

3) ebd. S. 247.

dagegen die Vollstreckung den Gegenstand eines absoluten Rechts, so ist dessen Inhaber berechtigt, seine materiellrechtliche actio negatoria zur Hinderung der zwangsweisen Veräußerung des Pfandstücks in der besonderen Form des § 771 geltend zu machen. Die Widerspruchsklage ist die prozessuale Qualifikation der verschiedenartigsten Klagen des materiellen Rechts in einer bestimmten Richtung, nämlich gegenüber der Zwangsvollstreckung. Sie ist insofern ein prozessuales Institut, aber immer nur „ebenso wie die übrigen durch das Prozeßrecht gebotenen Formen, in denen die Feststellung und Verwirklichung des materiellen Rechts erstrebt wird". [1])

Diese letzte Wendung läßt erkennen, daß nicht nur die Begründung, sondern auch Gegenstand und Zweck der Widerspruchsklage dem materiellen Recht zu entnehmen ist. [2]) Die Klage sieht von der prozessualen Eigenart der geltend gemachten Rechtsverletzung ab; um die Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen handelt es sich im Interventionprozeß nicht. Wie bei jeder anderen Klage kommt nur das subjektive Privatrecht in Frage, dessen Verletzung der Kläger rügt und abwehren will. [3]) Zunächst soll der frühere Zustand wiederhergestellt, der Eingriff in das verletzte materielle Recht beseitigt werden. Die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln ist nur die gesetzmäßige Folge der richterlichen Entscheidung über das materielle Recht in Bezug auf das Exekutionsverfahren. [4]) Diese Ansicht scheinen auch die Motive [5]) zu teilen mit der Bemerkung, „es ist über materielle Rechte zu entscheiden". Die prozessuale Folge des Urteils, die Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung, ist sekundärer Natur und die einzige Unterscheidung der Widerspruchsklage von den übrigen materiellrechtlichen Klagen, mit denen sie den ausschließlich materiellrechtlichen Grund, Gegenstand und Zweck gemeinsam hat.

1) Frommhold S. 238.
2) eod. S. 235 f.
3) Gütermann S. 91.
4) Frommhold S. 235.
5) Mot. z. Z. P. O. III. Entw. Hahn S. 441.

§ 5.

Die materiellrechtliche Theorie läßt sich theoretisch durchaus rechtfertigen, da § 771 die Frage nach dem Wesen der Widerspruchsklage nicht mit völliger Klarheit beantwortet. Die Bedeutung dieses § wird jedoch dadurch zu einer bloßen Gerichtsstandvorschrift herabgedrückt. Durch ihre Beschränkung auf absolute Rechte verliert die Widerspruchsklage jede andere praktische Bedeutung, denn der Berechtigte würde auch ohne die Bestimmung des § 771 nach den Vorschriften des materiellen Rechts der Zwangsvollstreckung entgegentreten können. In diesem engen Anwendungsgebiet widerspricht aber die materiellrechtliche Theorie namentlich auch völlig den Bedürfnissen des praktischen Lebens, die auf das Entschiedenste fordern, daß z. B. der Verleiher gegen eine Pfändung der Leihsache beim Entleiher die Widerspruchsklage erheben kann ohne Rücksicht darauf, ob er zugleich Eigentümer derselben ist. Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs muß der Widerspruchsklage das erweiterte Anwendungsgebiet eingeräumt werden, soweit es sich aus dem Gesetz begründen läßt. Die Fassung des § 771 aber rechtfertigt die prozessuale Theorie durchaus.[1]) Das Gesetz gibt nicht bloß eine Gerichtsstandvorschrift und überläßt dem materiellen Recht die Frage nach Begründung und Gegenstand der Klage; es löst diese Frage selbst in prozessualem Sinne durch die Worte „veräußerungshinderndes Recht" und „Widerspruch".[2])

Das Prozeßrecht regelt die Voraussetzungen der Pfändung sowie der Aufhebung und Einstellung der Zwangsvollstreckung. In notwendiger Ergänzung aber zu der Ordnung des Vollstreckungsverfahrens muß das Prozeßrecht auch die Bestimmung der Vollstreckungsobjekte geben. Diese Abgrenzung enthält § 771 Z. P. O., der dadurch, daß er die Begründung der Widerspruchsklage auf die veräußerungshindernde Kraft des Widerspruchsrechts abstellt, „aus dem Wesen der Zwangs-

1) Schmidt S. 1029, Gaupp-Stein I zu 771.

2) Vgl. zum Folgenden insbes. Goldmann a. a. O., und, auf dem Boden der Lehre vom publizistischen Klagrecht, Sohm S. 33 f.

vollstreckung heraus“[1]) die Schranken der Vollstreckung zieht. Das Exekutionsverfahren ist ein Hülfsmitel zur zwangsweisen Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche. Zunächst soll der Schuldner, dessen Barvermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht ausreicht, andere Vermögensstücke zu diesem Zweck versilbern. Anderenfalls wird im Wege staatlichen Zwanges sein Vermögen in Geld umgesetzt und so die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt. Deshalb muß sich aber auch die zwangsweise Befriedigung in den gleichen Grenzen halten, die dem Schuldner bei freiwilliger Leistung gezogen sein würden, d. h. auch die staatliche Zwangsgewalt darf nur Gegenstände ergreifen, die der freien Verfügung des Schuldners unterliegen, die ihm gehören. In diesem Sinne grenzt § 771 den Kreis des pfändbaren Vermögens dahin ab, daß alle Gegenstände von der Vollstreckung ausgeschlossen sind, an denen ein Dritter ein veräußerunghinderndes Recht hat. Den Maßstab der Rechtmäßigkeit der Vollstreckung bildet die Zugehörigkeit des Pfandstücks zum Vermögen des Exequendus, ausgedrückt durch dessen freie Verfügungsbefugnis über den Gegenstand.[2]) Eine solche Bindung der Verfügungsmacht enthalten in erster Linie die dinglichen Rechte aller Art, auf sie wird in der Mehrzahl der Fälle die Widerspruchsklage gestützt; nur das Pfandrecht scheidet gemäß § 805 Z. P. O. aus. Es ist aber nicht erforderlich, daß das Pfandstück dem Intervenienten in diesem Sinne zusteht. Auch persönliche Rechte besitzen die veräußerunghindernde Kraft, soweit sie auf restitutive Rückgewähr, d. h. auf Herausgabe einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache gehen, sei es an den Intervenienten selbst oder an einen Dritten; so z. B. der Rückgabeanspruch des Vermieters und Verleihers ohne Rücksicht auf ihr Eigentum.[3])

1) Goldmann S. 821.

2) Schrutka-R. II S. 86, Falkmann S. 420, Sohm S. 60.

3) R. G. 18. 366; J. W. 1902 S. 170 Nr. 29; v. 18. 9. 06 Seuff. Arch. 72 S. 238, 241; Dresden Sächs. Arch. 7 S. 87. Weismann II S. 105; Schmidt S. 1735 u. Z. 18. 407; Goldmann S. 808, 821; Jäger K. O. § 29 Anm. 17, Anf.-Ges. § 1 A. 23; Gaupp-Stein, Str.-Koch, Reincke, u. a.

Abweichend Falkmann S. 431, Hellmann **Zivilprozeßrecht** S. 883, Frommhold S. 248, Gütermann S. 110ff, Staub J. W. 88 S. 265, u. a.

Auch der lediglich obligatorische Rückgabeanspruch des Aftervermieters liefert den Nachweis, daß der Gegenstand nicht zum Vermögen des Mieters gehört, daß also die bei diesem erfolgte Pfändung zu Unrecht vorgenommen ist. Gehört aber das Pfandstück aus einem anderen Grunde nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners, so ist die Wiederspruchsklage für den obligatorisch Berechtigten nicht begründet, denn ihm gegenüber war der Schuldner zur Verfügung über das Pfandstück berechtigt. Es hat z. B. bei einem Kauf nach erfolgter Übergabe der Kaufsache der Käufer die Wandlung vollzogen und sodann die Sache weiter veräußert und durch constitutum possessorium übergeben. Die nunmehr erfolgende Pfändung der in seinem Besitz befindlichen Sache ist zwar objektiv unrechtmäßig, weil die Sache ihm nicht mehr gehört. Der Verkäufer aber kann nicht auf Grund des ihm nach §§ 467, 346 B. G. B. zustehenden „Rückgewähranspruchs" intervenieren. Denn dieser Anspruch besitzt wohl die formellen Erfordernisse des Widerspruchsrechts, beschränkt jedoch, wie sich aus § 353 B. G. B. ergibt, die Verfügungsmacht des Schuldners nicht; vom Standpunkt des Anspruchsberechtigten aus ist die Rückgewähr lediglich traditiv. Die tatsächlich bestehende Unrechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung kann nicht von jedem Dritten geltend gemacht werden, sondern nur von dem, auf dessen Recht die Nichtzugehörigkeit der Sache zum Schuldnervermögen beruht, im vorliegenden Fall also nur vom Drittterwerber der Kaufsache.

Im Gegensatz zu den restitutiven Rückgewähransprüchen fallen die Ansprüche auf Leistung einer dem Schuldner gehörigen Sache nicht unter § 771, denn in diesem Fall gehört die Sache bis zum Vollzug der Übereignung dem frei verfügbaren Schuldnervermögen an. Die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger zur Übereignung des Gegenstands ist für die Frage der Rechtmäßigkeit der Pfändung ohne Bedeutung.

Nach der prozeßrechtlichen Theorie ist also die Widerspruchsklage in all den Fällen gegeben, in denen das Pfand-

stück nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners gehört, ohne Rücksicht darauf, ob die Pfändung ein materielles Recht des Intervenienten verletzt oder nicht. Der Schwerpunkt der Frage liegt auf der Person und dem Recht des Schuldners. Das veräußerunghindernde Recht des Intervenienten bildet den Gegenstand der Verhandlung nicht als verletztes Recht, sondern nur als Vorfrage, als Voraussetzung seiner Legitimation zur Erhebung der Widerspruchsklage. Hiernach erfordert die Anwendbarkeit des § 771:

1. Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum frei verfügbaren, von der Vollstreckung ergriffenen Schuldnervermögen;
2. ein veräußerunghinderndes Recht des Dritten, nämlich
   a) Der Gegenstand der konkreten Vollstreckungshandlung steht dem Intervenienten selbst zu; oder
   b) Der Intervenient hat gegen den Vollstreckungsschuldner einen Anspruch auf restitutive Rückgewähr an ihn selbst oder an einen Dritten.

Gegenstand des Interventionsprozesses ist der „Widerspruch" des Intervenienten. Hiermit spricht das Gesetz den Grundsatz aus, daß es sich nicht um Geltendmachung und Durchsetzung des materiellen Rechts des Dritten, sondern lediglich um die Einstellung der unrechtmäßigen Zwangsvollstreckung handelt. Daß dabei über materielle Rechte zu entscheiden ist, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Denn vielfach gelangen materiellrechtliche Fragen im Prozeß zur Erörterung, ohne daß sie doch den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. So wird auch hier zum Nachweis der Unrechtmäßigkeit der Vollstreckung auf das materielle Recht des Dritten zurückgegriffen werden müssen. Der Klagantrag aber geht nicht auf Verurteilung des Vollstreckungsgläubigers zur Herausgabe des Pfandstücks oder zur Anerkennung des Nichtbestehens seines Pfandrechts, auch nicht auf Feststellung des materiellen Rechts des Dritten. Dieser will nur „unbehelligt bleiben".[1]) Seine Klage ist nie rei vindicatio, actio negatoria,

1) Thiele Civ. Arch. 1884 S. 69.

oder eine sonstige materiellrechtliche Klage. Vielmehr macht sie nur den „Widerspruch" gegen die Zwangsvollstreckung geltend, sie hat lediglich defensiven Charakter und fordert nur Feststellung der Unrechtmäßigkeit und Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Mit der an diese Feststellung sich anschließenden Einstellung der Zwangsvollstreckung ist die drohende Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Intervenienten abgewendet, die Gefährdung seines Rechts gegen den Exequendus beseitigt.

So bedingt die eigenartige prozessuale Rechtslage die Eigenart der Widerspruchsklage nach Begründung und Gegenstand, die primäre Außerachtlassung des materiellen Rechts, dessen Geltendmachung und Durchsetzung einem besonderen Prozeß überlassen bleibt.[1]) Der richtige Einwand Frommholds,[2]) daß das Prozeßrecht einen zivilen Rechtsanspruch nicht neu schaffen könne, trifft hier nicht zu, denn es ist ein solcher garnicht in Frage. Auch das Reichsgericht äußert sich dahin „bei der sog. Widerspruchsklage handelt es sich um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung",[3]) vertritt also hier wie auch in anderen Entscheidungen die Anschauung, daß Gegenstand des Interventionsprozesses die prozessuale Frage der Rechtmäßigkeit der Vollstreckung ist.

§ 6.

Auf der Grundlage dieser Untersuchungen über die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts und der Widerspruchsklage haben wir nunmehr die Frage zu behandeln: Ist das Anfechtungsrecht, wenn es sich nicht gegen eine beliebige

1) Gaupp-Stein I zu 771, Schmidt S. 1029, Kohler Z. 29. S. 15, Petersen-A. 1 zu 771, Thiele, Sohm und Goldmann a. a. O., Langheineken Urt. Anfp. S. 153, Kleinfeller, Lehrb. d. deutsch. Z. P. Rechts 1905 S. 262 f., Wach Feststell. Anspr. S. 21 f., Schrutka II S. 74, 79, 98 ff., u. a.; vermittelnd Reincke und Struckmann-Koch.

2) a. a. O. S. 188.

3) R. G. 7. XI. 05 J. W. 06 S. 21 Nr. 20; vgl. ferner Bd. 10. S. 393; v. 16. XI. 90 und 30. V. 99 J. W. 90 S. 333 und 99 S. 423, 4; v. 21. IX. 05 J. W. S. 730 Nr. 26.

Rechtshandlung, sondern unmittbar oder mittelbar gegen eine Vollstreckungshandlung richtet, zur Begründung der Widerspruchsklage geeignet? Nach der materiellrechtlichen Theorie scheiden persönliche Ansprüche für die Begründung der Widerspruchsklage unbedingt aus; vom Standpunkt dieser Lehre kann daher die Anwendbarkeit des § 771 nur für die Dinglichkeitslehre überhaupt in Frage kommen. Die prozeßrechtliche Theorie dagegen bietet die Möglichkeit, das Anfechtungsrecht sowohl nach der Dinglichkeits- als auch nach der Obligationslehre auf sein Verhältnis zu § 771 zu untersuchen. Es soll deshalb zunächst nur die letztere, nur die prozessuale Auffassung der Erörterung zu Grunde gelegt und sodann im Anschluß daran die materiellrechtliche Theorie als die engere auf ihr Ergebnis für unsere Aufgabe betrachtet werden.

Das Anfechtungsrecht kann gegenüber der Zwangsvollstreckung in zwei verschiedenen Fällen geltend gemacht werden. Beiden ist gemeinsam, daß das Pfandstück zur Befriedigung nicht des Vollstreckungs-, sondern des Anfechtungsgläubigers verwendet werden soll. Das eine Mal aber ist der Vollstreckungsschuldner, das andere Mal der Vollstreckungsgläubiger Anfechtungsgegner. Im ersten Fall richtet sich die Anfechtung unabhängig von der konkreten Vollstreckungshandlung gegen das Eigentum des Schuldners; angefochten wird die Rechtshandlung, durch welche dieser das Pfandstück erworben hat. Im zweiten Fall dagegen wird das Anfechtungsrecht erst durch die Vollstreckungshandlung ausgelöst; Gegenstand der Anfechtung ist der Pfändungsakt selbst als die den Anfechtungsgläubiger benachteiligende Rechtshandlung. In der Rechtsprechung wie in der Literatur wird fast durchweg nur einer dieser beiden Fälle berücksichtigt,[1]) obwohl sie nicht nur in der äußeren Sachlage, sondern gerade auch in der juristischen Konstruktion die tiefgehendsten Unterschiede aufweisen. Wir behandeln zunächst den ersten Fall als den dem Wesen der Widerspruchsklage mehr entsprechenden. Hier wird

1) Beide Fälle berücksichtigen nur R. G. vom 1. V. 93, Hellmann, Weismann, L. Seuffert, Sohm; s. u.

es sich in der Regel um die außerkonkursmäßige Anfechtung handeln. Sie soll daher die Grundlage und den Ausgangspunkt der Lösung unserer Aufgabe bilden.

Die typische Rechtslage in Fall I ist folgende: Der Vollstreckungsgläubiger pfändet bei seinem Schuldner ein Vermögensstück, das dieser in anfechtbarer Weise erworben hat; Erwerbsgrund ist z. B. eine Schenkung, die nach § 3 Nr 3 Anf.-Ges. der Anfechtung seitens des durch diese Rechtshandlung benachteiligten Gläubigers des Veräußerers unterliegt. Der geschädigte Gläubiger hat also gegenüber dem Erwerber, dem nunmehrigen Vollstreckungsschuldner, das Anfechtungsrecht. Auf Grund dessen fordert er vom Vollstreckungsgläubiger Freigabe des gepfändeten Anfechtungsgegenstandes, jedoch ohne Erfolg. Er ist daher genötigt, gerichtliche Hülfe in Anspruch zu nehmen. Die Verfolgbarkeit des Anfechtungsrechts im Weg der Klage ergibt sich aus § 9 Anf.-Ges. Kann er nun, gestützt auf sein Anfechtungsrecht, gegen die Zwangsvollstreckung in den Anfechtungsgegenstand Widerspruchsklage erheben, um ihre Einstellung herbeizuführen und so die Verwendung des Pfandstücks zu seiner Befriedigung zu ermöglichen; oder steht ihm hierfür nur der gewöhnliche Prozeßweg offen? Wir prüfen diese Frage zunächst vom Standpunkt der Obligationslehre.

§ 771 setzt nach den früheren Ausführungen voraus die Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zu dem von der Vollstreckung ergriffenen Schuldnervermögen in Verbindung mit dem veräußerungshindernden Recht des Intervenienten. Das Widerspruchsrecht muß geeignet sein, die freie Verfügung des Exequendus über das Pfandstück und damit auch den zwangsweisen Zugriff auf dasselbe auszuschließen.

Ehe wir aber das Anfechtungsrecht auf diese Erfordernisse untersuchen, sind zwei mehr formelle Voraussetzungen des Widerspruchsrechts hervorzuheben, die sich aus der gesetzlichen Bezeichnung ergeben. Zwar gewinnen sie ihre häuptsächliche Bedeutung erst im zweiten Fall der Anfechtung, doch sollen sie als allgemeine Erfordernisse schon hier gekennzeichnet werden. Das Widerspruchsrecht muß deie „Veräußerung" „hindern".

Auf beide Momente ist Gewicht zu legen; das erste ist von Wichtigkeit für die Person des Rechtsgegners, das zweite für den Zeitpunkt der Entstehung des Widerspruchsrechts.

Unter der „Veräußerung" ist nicht etwa der Zwangsverkauf des Pfandstücks zu denken, sondern bereits die Pfändung. Auch bei einer freihändigen Verpfändung mit anschließender Versilberung würde das Recht des Dritten sich nicht gegen den ohne Mitwirkung des Schuldners erfolgenden Verkaufsakt richten, sondern gegen dessen Grundlage, die vom Schuldner vorgenommene Verpfändung. Veräußerung bezeichnet „jede Rechtshandlung, durch die an dem Vollstreckungsgegenstand ein Recht begründet wird, kraft dessen derselbe aus dem bisherigen Vermögenskomplex gezogen und einem anderen zugeteilt werden kann".[1]) Ein derartiges Recht ist das Pfandrecht. Bereits mit der Pfändung ist das Vollstreckungsobjekt aus dem frei verfügbaren Vermögen des Exequendus ausgeschieden, die Versteigerung ist nur der Schluß dieses Ausscheidungsprozesses.[2]) Ist die Pfändung selbst, die Grundlage der Ausscheidung, unanfechtbar, so kann auch dem Zwangsverkauf als der weiteren naturgemäßen Realisierung dieses gültig begründeten Rechts ein Hindernis nicht in den Weg gelegt werden. In der Pfändung bereits ist die durch das Widerspruchsrecht zu hindernde Veräußerungshandlung des Vollstreckungsschuldners zu erblicken; gegen ihn muß sich das Widerspruchsrecht richten, wenn die Pfändung wirkungslos sein soll. Nur dann liegt die erforderliche Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum frei verfügbaren Schuldnervermögen vor. Diesem ganz selbstverständlichen Gedanken, daß das veräußerungshindernde Recht ein Recht gegen den Exequendus sein muß, gibt § 771 unzweideutig Ausdruck. Absatz II setzt immer die Möglichkeit voraus, daß der Intervenient wegen des Übergriffs der Vollstreckung auch zugleich gegen den Schuldner klagt, eine Möglichkeit, die als „ein die Widerspruchsklage

1) Frommhold S. 246.
2) Ähnlich O. L. G. Dresden 13. VII. 05 Sächs. Arch. 1, 56.

charakterisierendes Moment“ [1]) zu betrachten ist. Diese Voraussetzung ist in dem hier behandelten Fall erfüllt; das Anfechtungsrecht richtet sich ausschließlich gegen den Vollstreckungsschuldner ohne Rücksicht auf die konkrete Zwangsvollstreckung. Fall II wird in dieser Beziehung eine wesentliche Veränderung der Rechtslage zeigen.

Die zweite formelle Voraussetzung des Widerspruchsrechts wird gekennzeichnet durch seine Kraft, die Veräußerung durch den Vollstreckungsschuldner zu „hindern“. Damit ist der Zeitpunkt seiner Entstehung vorgeschrieben. Die Hinderung einer Rechtshandlung ist begrifflich nur möglich unter der Voraussetzung, daß der Hinderungsberechtigte gewissermaßen in Bereitschaft steht, um der Vornahme der Handlung entgegenzutreten, m. a. W. daß die Entstehung des hindernden der Begründung des zu hindernden Rechts zeitlich voraufgeht.[2]) Die zu hindernde Rechtshandlung ist die Pfändung; das Anfechtungsrecht muß also zur Zeit der Pfändung bestehen. Auch dies Erfordernis ist hier erfüllt: das Anfechtungsrecht entsteht mit Vornahme des anfechtbaren Rechtsaktes, d. i. im vorliegenden Falle nicht die Pfändung selbst, sondern der Eigentumserwerbstitel des Vollstreckungsschuldners, also die Voraussetzung der Pfändung. Das Anfechtungsrecht ist mithin der Pfändung präexistent.

Die formellen Voraussetzungen des Widerspruchsrechts sind im Anfechtungsrecht gegeben. Dieses ist aber nach seinem materiellen Gehalt kein Recht, welches die erforderliche Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks enthält und nachweist. Dem anfechtbaren Erwerbsakt haftet ein rechtlicher Mangel nicht an im Gegensatz zur bürgerlichrechtlichen Anfechtbarkeit.[3]) Ihm soll nur im wirtschaftlichen Befriedigungsinteresse des benachteiligten Gläubigers diesem gegenüber seine schädigende Wirkung ent-

1) L. Seuffert Widerspr. Kl. S. 86, auch Schrutka II S. 27, Jäger § 1 Anf. Ges. Anm. 23 Note 1.

2) So auch O. L. G. Colmar 17. X. 07 Recht 11 Nr. 3353; Jäger § 1 Anf. Ges. Anm. 23 Note 1.

3) Kleinfeller S. 386, Jäger § 1 Anf.-Ges. Anm. 20.

zogen werden. Das Anfechtungsrecht richtet sich nicht gegen den Bestand, sondern lediglich gegen die Folgen des anfechtbaren Rechtsaktes, die durch die Rückgewährverbindlichkeit des Anfechtungsgegners aufgehoben werden sollen. Der Anfechtungsanspruch steht, wie früher ausgeführt wurde, den anderen bürgerlichrechtlichen Ansprüchen auf Leistung aus dem Schuldnervermögen in jeder Beziehung völlig gleich. Folglich befindet sich der Anfechtungsgegenstand bis zum Vollzug der Rückgewähr im rechtsgültigen und freien Eigentum des Anfechtungsgegners, er teilt in jeder Beziehung das rechtliche Schicksal des übrigen Schuldnervermögens, kann also auch durchaus gültig gepfändet werden. Die gewöhnlichen Forderungen auf Übergabe einer Sache setzen gerade deren Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen voraus, indem sie den Schuldner zu einer Verfügung über sie verpflichten. Derselbe Gedanke ist es offenbar, den Schm.[1]) nicht ganz glücklich dahin ausdrückt: „Das Anfechtungsrecht hindert die Veräußerung nicht; im Gegenteil: Das Anfechtungsrecht hindert die Veräußerung so wenig, daß es sie sogar fordert! Denn was will der anfechtende Konkursverwalter anders, als daß der Anfechtungsgegner die Sache zur Konkursmasse zurückgebe, d. h. veräußere". Nicht auf die Verpflichtung des Anfechtungsgegners, den Gegenstand zu veräußern, ist der Nachdruck zu legen, sondern darüber hinausgehend auf die Voraussetzung für den Vollzug dieser Verpflichtung, auf die Möglichkeit der Veräußerung, d. h. das Eigentum des Anfechtungsgegners am Anfechtungs- und Vollstreckungsgegenstand. Die zur Begründung der Widerspruchsklage erforderliche Nichtzugehörigkeit wird mithin durch den Anfechtungsanspruch erst erstrebt, nicht aber als vorhanden nachgewiesen.

Der Anfechtungsgläubiger hat zwar einen „Rückgewähranspruch" gegen den Vollstreckungsschuldner, doch nicht einen solchen, durch den i. S. des § 771 die freie Verfügung desselben über das Pfandstück ausgeschlossen würde, d. h. keinen Anspruch auf restitutive Rückgewähr. Denn nur unter dieser

1) a. a. O. S. 28.

Voraussetzung besitzen, wie früher ausgeführt wurde, obligatorische Rechte veräußerungshindernde Kraft. Der Anfechtungsgegner ist nur verpflichtet, einen rechtmäßig erworbenen, ihm gehörigen Gegenstand dem Anfechtungsgläubiger zur Zwangsvollstreckung bereit zu stellen; er wird dadurch rechtlich nicht gehindert, über ihn zu verfügen. Hindern heißt rechtlich unmöglich machen. Der Anfechtungsanspruch aber hindert nicht in diesem Sinne, sondern wandelt sich nur nach rechtsgültig erfolgter Verfügung in einen Wertersatzanspruch um. Als Anspruch auf lediglich traditive Rückgewähr genügt er dem Erfordernis des § 771 nicht. Die Widerspruchsklage ist also, da das Pfandstück im Zeitpunkt der Pfändung zweifellos dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners angehörte, nicht gegeben.[1])

§ 7.

Im Gegensatz zu diesem Ergebnis erachten Struckmann-Koch, Gaupp-Stein, Schmidt und Hellmann die Widerspruchsklage bei Anfechtung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner für zulässig und geboten. Sie lassen sich nach der Begründung ihrer Ansicht in zwei Gruppen einordnen, deren jede von einem richtigen Gesichtspunkt ausgeht, durch Nichtbeachtung anderer Erfordernisse aber zu unrichtigen Folgerungen gelangt.

Struckmann-Koch argumentiert in folgender Weise: „Derjenige, welcher nur ein Forderungsrecht auf Leistung oder Übertragung der gepfändeten Sache erworben hat, kann nach § 771 der Zwangsvollstreckung nicht widersprechen, da er ein Recht an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht hat, sondern nur ein rein persönliches Recht gegenüber dem anderen Vertragsteil auf (künftige) Überlieferung des fraglichen Gegenstandes. Als ein solches rein persönliches, nicht in den Kreis eines Dritten übergreifendes Recht ist nun

1) So auch R. G. v. 1. V. 93 bei Gruchot 38 S. 180. Weismann II S. 106, Schrutka II S. 28, diese beiden für Fall II dagegen bejahend, s. u. Ferner Jäger § 1 Anf.-Ges. Anm. 23, Langheineken Anspr. S. 120, Hartmann-M. S 43, Petersen-Kleinfeller, § 29 K. O. Anm. 17, 19; Planck Z. P. R. § 179 N. 45, L. Seuffert 2 c. zu § 771 Z. P. O., Falkmann S. 432.

aber nicht das Anfechtungsrecht anzusehen. Denn vermöge des Anfechtungsrechtes macht der Anfechtende ein Recht geltend, welches die freie Verfügung des gepfändeten Schuldners am Gegenstand selbst hindert, da dieser infolge der Anfechtung zurückgewährt werden muß." [1]) Diese Ansicht stellt die Begründung der Widerspruchsklage durchaus richtig auf die Kraft des Widerspruchsrechts ab, die freie Verfügung des gepfändeten Schuldners am Gegenstand selbst zu hindern. Sie zieht auch zweckmäßiger Weise die forderungsrechtlichen Ansprüche auf Leistung oder Überlassung einer Sache zum Vergleich heran. Anstatt nun aber den Anfechtungsanspruch mit ihnen auf eine Stufe zu stellen, konstruiert sie gerade einen Gegensatz zwischen beiden auf Grund der Rückgewährpflicht des Vollstreckungsschuldners. Der Fehler liegt offenbar darin, daß der „Rückgewähr" unwillkürlich ein dinglicher, restitutiver Einschlag zugeschrieben wird. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß der Sprachgebrauch mit diesem Ausdruck in der Mehrzahl der Fälle die restitutive Rückgewähr bezeichnet. Die Unterscheidung von restitutiver und traditiver Rückgewähr aber greift gerade hier entscheidend durch. Der Anfechtungsanspruch gehört zur letzten Kategorie und vermag deshalb ebensowenig wie z. B. der Rückgewähranspruch des Verkäufers nach erfolgter Wandlung die Widerspruchsklage zu begründen.

Auch der Ausgangspunkt der übrigen Schriftsteller, die diesen Fall der Anfechtung ins Auge fassen, ist ein richtiger, ihrem Ergebnis aber kann wiederum nicht beigestimmt werden. Sie stellen die Anwendbarkeit des § 771 ab auf die Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners, legen also im Gegensatz zu Struckmann-Koch das Hauptgewicht auf die objektive Voraussetzung der Widerspruchsklage. Mit Unrecht aber erblicken sie dies Erfordernis im Anfechtungsrecht erfüllt.

Im Einzelnen bemerkt Gaupp-Stein:[2]) „ . . . anders das Anfechtungsrecht nach Anf.-Ges. und § 29 K. O., denn

1) Struckmann-Koch N. 2 zu § 771.
2) II. c zu § 771.

dieses Recht geht auf Rückgewähr eines nur formell rechtmäßig ausgeschiedenen Vermögensbestandteils zur Masse".

Mit ähnlicher Begründung hält Schmidt[1]) die Widerspruchsklage für gegeben, denn „hierdurch wird, wenn auch durch persönlichen Anspruch, behauptet, daß die Sache mit Rücksicht auf das Bedürfnis der Befriedigung des Dritten für einen Anspruch an den Vierten als noch dem Vierten gehörig zu behandeln sei".

Am ausführlichsten geht Hellmann[2]) auf die Anwendbarkeit des § 771 ein: „Man pflegt dem Reichsgericht Inkonsequenz gegenüber seiner Theorie von der Anfechtungsschuld vorzuwerfen. Das dürfte nicht gerechtfertigt sein. Denn wenn man die Dinglichkeitslehre verwirft, so muß man allerdings das Aussonderungsrecht des Anfechtungsberechtigten leugnen, weil der anfechtbar veräußerte Gegenstand dem Vermögen des Anfechtungsgegners zugehört, aber die Zulässigkeit der Widerspruchsklage muß man trotzdem zugeben. Denn der Anfechtungsgegner soll doch verpflichtet sein, auf die Vollstreckungshandlung sich den Gläubigern gegenüber nicht zu berufen, sich der Ausübung des dadurch erlangten Rechts zu enthalten. Dieser Pflicht entspricht das Recht der Konkursgläubiger, die Veräußerung zu verhindern. Mehr ist zur Begründung der Widerspruchsklage nicht erforderlich. . . . Wenn aber ein anfechtbar veräußerter Gegenstand vom Gläubiger des Anfechtungsgegners gepfändet wird, dann ist die Rechtslage dieselbe, wie wenn der Gegenstand vom Anfechtungsgegner verpfändet worden wäre. Der Pfandgläubiger ist Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners. Sind die Voraussetzungen der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger gegeben, so gilt der veräußerte Gegenstand auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber noch als Bestandteil der Masse, und die Widerspruchsklage ist zulässig, weil er einen Gegenstand gepfändet hat, der als seinem Schuldner garnicht gehörig behandelt wurde."

1) S. 1034.
2) Lehrbuch S. 366 Note 5.

Ehe wir in die sachliche Erörterung dieser Ansichten eintreten, muß auf eine Folgewidrigkeit hingewiesen werden, die die Hellmannsche Argumentation in sich selbst enthält. Hellmann geht aus von dem Verhältnis von Anfechtungsrecht und Aussonderungsrecht und vergleicht die beim Aussonderungsrecht gegebene Rechtslage mit dem von uns in zweiter Linie zu behandelnden Fall der Anfechtung einer Vollstreckungshandlung. Mit dem Aussonderungsrecht aber muß die Anfechtung des Erwerbsaktes des Vollstreckungsschuldners, unser erster Fall, auf eine Stufe gestellt werden. Denn diese beiden Fälle zeigen die gleiche Rechtslage insofern, als sich die Vollstreckung — sei es nun die Gesamtvollstreckung im Konkurs oder die Einzelvollstreckung — gegen den Anfechtungsgegner richtet, während sie in jenem zweiten Fall vom Anfechtungsgegner ausgeht. Der Aussonderungsberechtigte sowohl wie der gegenüber dem Exequendus anfechtende Gläubiger fordern die Sache aus dem von der Vollstreckung ergriffenen Vermögen heraus. Der von Hellmann mit „denn" an die Betrachtung des Aussonderungsrechts angeschlossene Gedankengang mußte daher folgericht zunächst den Fall I der Anfechtung als dem Aussonderungsrecht entsprechend hervorheben, um erst dann auf die Anfechtung einer Vollstreckungshandlung einzugehen.

Was nun die sachliche Begründung dieser Ansichten betrifft, so wurde bereits betont, daß sie durchaus richtig als Voraussetzung der Widerspruchsklage die Unrechtmäßigkeit der Vollstreckung, den Übergriff über das dem Exequendus gehörige Vermögen bezeichnen. Sie sehen dies Erfordernis erfüllt dadurch, daß das Pfandstück „als noch dem Schuldner, dem Vierten gehörig" behandelt wird, daß der Erwerbsakt des Vollstreckungsschuldners „nur formell rechtmäßig" war. Die bloß formelle Rechtmäßigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung kann allenfalls darin gefunden werden, daß der durch sie dem Anfechtungsgegner gewährte Rechtsvorteil ihm wieder entzogen werden soll, daß die in anfechtbarer Weise erlangte Rechtsstellung keine dauernde ist. In der durch traditiven Rückgewähranspruch zu erzielenden Entkräftung des Rechtsaktes aber kann

nicht dessen materielle Unrechtmäßigkeit erblickt werden. Vielmehr weist gerade die obligatorische Natur des Anfechtungsrechtes deutlich darauf hin, daß die anfechtbare Rechtshandlung an sich durchaus rechtmäßig ist und ihre dingliche Vernichtung nicht für erforderlich erachtet wird. Es genügt, wenn der Anfechtungsgegenstand „als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig" behandelt wird, wenn der Anfechtungsgegner dem benachteiligten Gläubiger gegenüber sich nicht auf seinen Erwerb berufen darf. In Wahrheit gehört dieser bis zum Vollzug der Rückgewähr dem Vermögen des Anfechtungsgegners zu,[1]) unterliegt also auch der Pfändung. Diese Zugehörigkeit hebt Hellmann für das Aussonderungsrecht ausdrücklich hervor. Es ist aber nicht einzusehen, inwiefern der Anfechtungsanspruch dem Gemeinschuldner gegenüber einen anderen Inhalt und andere Wirkung besitzen soll als gegenüber dem Einzelvollstreckungsschuldner. Auch kann es nicht, wie Hellmann annimmt, darauf ankommen, daß die Voraussetzungen der Anfechtung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger als Rechtsnachfolger gegeben sind. Denn wie bei Fall II zu zeigen sein wird, ist eine Verpflichtung des Vollstreckungsgläubigers als solchen für die Frage der Rechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung, der Zugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen, ohne Bedeutung.

In diesem Zusammenhang mag noch kurz auf die Stellung des Reichsgerichts hingewiesen werden, die für Fall I mit der hier von uns vertretenen Ansicht übereinstimmt. Das R. G. behandelt in seinen Entscheidungen regelmäßig nur die Anfechtung einer Vollstreckungshandlung selbst. Nur einmal wird Fall I flüchtig hervorgehoben mit der Bemerkung, im Fall der „Anfechtung einer vom Gemeinschuldner vorgenommenen und durch Übergabe vollzogenen Veräußerung" finde die Widerspruchsklage keine Anwendung.[2]) Zwar bezieht sich diese Entscheidung auf die konkursmäßige Anfechtung; sie kann aber

1) So z. B. Jäger K. O. § 29 A. 15, Anf.-Ges. § 1 A. 21.
2) R. G. v. 1. 5. 93 Gruchot Bd. 38 S. 180

bereits hier herangezogen werden, da, wie sich später zeigen wird, die Anfechtung innerhalb derjenigen außerhalb des Konkurses für unsere Aufgabe völlig gleichsteht. Für Fall I lehnt also das R. G. die Widerspruchsklage ab. Es handelt damit in folgerichtiger Durchführung des von ihm wiederholt ausgesprochenen Grundsatzes,[1]) daß das Anfechtungsrecht im Konkurs des Anfechtungsgegners ein Aussonderungsrecht nicht zu begründen vermag. Widerspruchsklage und Aussonderungsrecht beruhen auf demselben Gedanken, daß die Vollstreckung sowohl für den Einzelgläubiger als auch für die durch den Konkurs vereinigte Gesamtgläubigerschaft dem Schuldner nicht gehörige Vermögensstücke nicht ergreifen soll. Durch die Ablehnung des Anfechtungsrechts als Aussonderungsrecht ist gemäß § 43. K. O. ausgesprochen, daß dieses Recht Nichtzugehörigkeit zum Schuldnervermögen nicht begründet. Folgeweise kann auch die Widerspruchsklage nicht auf das Anfechtungsrecht gestützt werden.[2]) Hierin ist dem Reichsgericht durchaus beizustimmen. Der Vorwurf der Inkonsequenz, gegen den Hellmann es in Schutz nimmt, bezieht sich nicht auf diesen Fall, sondern auf die Anfechtung der Vollstreckungshandlung selbst; hier erachtet das R. G. die Widerspruchsklage für zulässig. Dieses Ergebnis steht allerdings in schroffem Widerspruch zu der für Fall I vom R. G. vertretenen Ansicht. Denn vom Standpunkt der Obligationslehre besteht zwischen beiden Fällen kein Unterschied hinsichtlich der Zulässigkeit der Widerspruchsklage und entspricht der erste der von § 771 vorausgesetzten Rechtslage immerhin noch mehr als der zweite. An späterer Stelle werden wir zu versuchen haben, das Irrige und Folgewidrige in der Ansicht des R. G. herauszustellen und zu widerlegen.

1) R. G. 13. 6, 10. 6, 42. 365; vgl. Silbermann, Konkurspauliana (02) S. 64.

2) Zur einheitlichen Behandlung von Aussonderungsrecht und Widerspruchsklage vgl. auch Hellwig Anf.-Recht S. 475, Gaze S. 50, L. Seuffert Widerspr. Kl., Jäger § 29 K. O. A. 17.

§ 8.

Wesentlich anders ist das Ergebnis der Dinglichkeitslehre für die Frage der Anwendbarkeit des § 771 auf das Anfechtungsrecht. Die Anhänger dieser Lehre halten durchweg das Anfechtungsrecht für geeignet zur Begründung der Widerspruchsklage, soweit sie zu der Frage Stellung nehmen. Die ablehnende Ansicht von Wolff[1]) und Gaze,[2]) darauf gestützt, daß der Konkursverwalter nicht Dritter sei, bezieht sich nur auf Fall II. Für den Fall I dagegen erkennt Gaze die Zulässigkeit der Widerspruchsklage ausdrücklich an mit ausführlicher Begründung des Standpunktes der Dinglichkeitslehre: „Nach der von uns oben entwickelten Ansicht der dinglichen Wirkung der Anfechtung begründet die geschehene Anfechtung die Folge, daß der durch die anfechtbare Rechtshandlung der Masse entfremdete Gegenstand als zu Unrecht im Eigentum des Anfechtungsgegners stehend betrachtet wird. Durch die Anfechtungserklärung wird bewirkt, daß die Rechtshandlung, durch welche der Gegenstand der Masse entfremdet worden, von Anfang an nichtig ist; damit steht zur Zeit der Pfändung der Gegenstand nicht im Eigentum des Gepfändeten. Die Pfändung desselben würde daher in eine fremde Rechtssphäre übergreifen, und der Verwalter hat ein die Veräußerung hinderndes Recht am Gegenstand."[3]) Die von Hellmann gegebene Begründung bezieht sich nur auf Fall II; er folgert die Zulässigkeit der Widerspruchsklage vom Standpunkt der Dinglichkeitslehre „aus der Erwägung, daß infolge der rückwirkenden Kraft der Anfechtung die angefochtene Pfändung das Recht der Konkursgläubiger verletzt, die Veräußerung von Massebestandteilen zu Gunsten einzelner Gläubiger zu verhindern",[4]) diese Begründung ist also erst an späterer Stelle zu erörtern. Jetzt handelt es sich um die Frage, ob und aus welchen

1) K. O. § 29 A. 20.
2) a. a. O. S. 52.
3) a. a. O. S. 50.
4) Lehrbuch S. 366 Note 5.

Gründen die für Fall I die Widerspruchsklage bejahende Ansicht der Dinglichkeitslehre gerechtfertigt ist.

Bezüglich der formellen Erfordernisse des Widerspruchsrechts ist die Rechtslage die gleiche wie nach der Obligationslehre; die Abweichungen liegen nur in Inhalt und Wirkungen des Anfechtungsrechts. Hier wie dort besteht es zur Zeit der Pfändung und richtet es sich gegen den Vollstreckungsschuldner. Während aber nach der Obligationslehre das Anfechtungsrecht sich im Anfechtungsanspruch erschöpft, enthält es nach der Dinglichkeitslehre die Befugnis, die anfechtbare Rechtshandlung durch Abgabe der Anfechtungserklärung mit rückwirkender Kraft zu vernichten. Zunächst hat der Anfechtungsgegner schwebendes Eigentum am Gegenstand. Wird das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt, so verwandelt sich das schwebende in ein endgültiges Recht. Wird aber die Anfechtungserklärung abgegeben und dem Gegner das Eigentum ex tunc entzogen, so hat die vor Ausübung des Anfechtungsrechts erfolgte Pfändung des Gegenstandes ein dem Vollstreckungsschuldner nicht gehöriges Vermögensstück ergriffen.

Hier erhebt sich die Frage: Muß der Vollstreckungsgläubiger, obwohl zur Zeit der Pfändung das Pfandstück im Eigentum des Schuldners stand, die rückwirkende Vernichtung des Schuldnereigentums gegen sich gelten lassen, wird durch Abgabe der Anfechtungserklärung sein Vollstreckungspfandrecht in jedem Fall in Mitleidenschaft gezogen, oder behält es trotz Vernichtung des Schuldnereigentums unter gewissen Umständen seine Gültigkeit und kann nur durch selbständige Anfechtung nach § 11 Anf.-Ges. vernichtet werden? Diese Frage wird von Gaze garnicht berücksichtigt; doch legt gerade der Begriff der relativen Nichtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung i. S. der Dinglichkeitslehre den Gedanken nahe, daß die Vernichtung des Eigentums nur im Verhältnis zwischen den Anfechtungsparteien eintrete, dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber jedoch der Exequendus nach wie vor Eigentümer bleibe. Hierauf ist znächst einzugehen, wenn die Zulässigkeit der Widerspruchsklage in Frage gezogen werden soll. Es muß

erst festgestellt werden, daß die mit rückwirkender Kraft herbeigeführte Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners stets auch gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger eintritt, unabhängig von einer etwaigen selbständigen Anfechtbarkeit der Pfändung. Wir haben also zu prüfen, ob auch bei Gutgläubigkeit des Vollstreckungsgläubigers i. S. der §§ 40 K. O. und 11 Anf.-Ges. das Pfändungspfandrecht mit dem Eigentum des Exequendus durch Abgabe der Anfechtungserklärung diesem gegenüber vernichtet wird.

Grundsätzlich ist der Erwerb des Rechtsnachfolgers gemäß § 11 Anf.-Ges. nur dann anfechtbar — vom Fall der unentgeltlichen Zuwendung abgesehen —, wenn jener bösgläubig i. S. von § 11 Nr. 1 war. Sind ihm die dort bezeichneten Umstände nicht bekannt, so kann ihm auch sein im Wege der Rechtsnachfolge erworbenes Recht nicht entzogen werden. Dieser Grundsatz gilt ebenso wie § 142 B. G. B. für alle im Rahmen des bürgerlichen Rechts sich vollziehenden Rechtsakte, d. h. für den rechtsgeschäftlichen Verkehr in seinem ganzen Umfang. Der Vollstreckungsgläubiger aber kann den Schutz des § 11 Nr. 1 und 2 Anf.-Ges. nicht für sich in Anspruch nehmen. Denn eine solche Übertragung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auf das Prozeßrecht findet nicht statt.[1]) Dem Prozeßrecht, insbesondere dem Vollstreckungsverfahren ist der Gedanke des guten Glaubens unbekannt. Die Vorschriften der §§ 40 K. O. und 11 Anf.-Ges. schützen ebenso wie diejenigen der §§ 142 und 932 B. G. B. das Vertrauen des rechtsgeschäftlichen Erwerbers auf das Recht seines Vormanns; sie dienen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und des freien Güterumlaufs. Die Zwangsvollstreckung aber erfordert einen derartigen Schutz nicht. Hier verhält sich der Schuldner passiv; der Erwerb des Dritten vollzieht sich unabhängig vom Willen des Schuldners. Damit entfällt das bei der freihändigen Veräußerung zu schützende Vertrauen des Erwerbers. Der Vollstreckungsgläubiger darf sich nur an das Vermögen des Exequendus halten; greift er darüber hinaus, so ist auch

1) Dresden O. L. G. 4 S. 329, Falkmann S. 411, Schmidt S. 1035.

im Fall der Gutgläubigkeit sein Pfandrecht nichtig.[1] Die Ausdehnung der rechtsgeschäftlichen Schutzvorschriften auf das Vollstreckungsverfahren würde dessen Zweck geradezu widersprechen und ihn vereiteln.

Die Unanwendbarkeit der Rechtssätze über den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer zeigt sich deutlich in der deklaratorischen Natur des im Interventionsprozeß ergehenden Urteils. Das Pfandrecht des Vollstreckungsgläubigers wird nicht durch konstitutives Urteil aufgehoben und vernichtet,[2] sondern es wird lediglich seine von vornherein bestehende Nichtigkeit deklaratorisch festgestellt. Ergreift die Vollstreckung dem Schuldner nicht gehörige Gegenstände, so erwirbt der Gläubiger lediglich ein Schein-Pfandrecht, das mangels Aufdeckung seiner Scheinhaftigkeit allerdings zur Zwangsveräußerung des Pfandstücks und damit zur Vernichtung des Eigentums des Berechtigten führt.[3] Macht dieser aber vor Beendigung der Zwangsvollstreckung sein Recht geltend, so wird die Fortführung der Vollstreckung gehindert auf Grund des richterlichen Ausspruchs der Nichtigkeit des Pfändungsrechts. Das Urteil im Interventionsprozeß schafft nicht neues Recht, sondern stellt einen in Wahrheit beeeits vorhandenen Rechtszustand richterlich fest, entkleidet das Vollstreckungspfandrecht seiner scheinbaren Rechtmäßigkeit.[4] Die Vorschrift des § 811 Z. P. O., deren Überschreitung dem Schuldner nur ein Recht zur Anfechtung der Vollstreckung gemäß § 766 Z. P. O. gibt,[5] demnach ein konstitutives Urteil erfordert, kann nicht zu gleicher Anwendung herangezogen werden, denn dort handelt es sich um ein Vollstreckungsprivileg, § 771 aber spricht die Regel aus und zieht die notwendig einzuhaltenden Grenzen der Vollstreckung. Die über diese

1) R. G. 30 X. 06 Seuffert Arch. 72. 384; Bd. 40 S. 290. O. L. G. Posen Seuffert Arch. 56 Nr. 198. Gaupp-Stein II zu § 804, Schmidt S. 1035.

2) So Müller Pfändg.-Pfandrecht S. 74.

3) R. G. 40. 290: nur normal bestehende Pfändung.

4) Über Für und Wider in dieser Frage ausführlich Müller a. a. O. S. 74ff; vgl. ferner Oertmann Ziv.-Arch. 96. 18f., Jäger K. O. § 49 Note 38, Francke Z. 36. 308f.

5) Gaupp-Stein Note III zu § 811 und die übrigen Kommentare.

Grenze hinausgreifende Pfändung ist in jedem Fall, auch bei Gutgläubigkeit des pfändenden Gläubigers, nichtig, ihre Nichtigkeit ist daher nur durch deklaratorisches Urteil festzustellen. Auch das R. G. spricht sich ausdrücklich dahin aus: „Die Pfändung einer Sache, die dem Schuldner nicht gehört, begründet nicht nur dem Schultner gegenüber, sondern jedem gegenüber kein Pfändungspfandrecht; selbst der gute Glaube des Dritten an die Wirksamkeit der Pfändung ändert hieran nichts.“ [1])

Ebensowenig aber wie die mangelnde vermag der gute Glaube des Vollstreckungsgläubigers die schwebende Verfügungsbefugnis des Exequendus zu heilen. Das an dem anfechtbar erworbenen Gegenstand begründete Vollstreckungspfandrecht ist zunächst gültig. Es ist aber ebenso wie das Eigentum des Exequendus der Gefahr der Vernichtung durch Abgabe der Anfechtungserklärung ausgesetzt; es teilt in jeder Beziehung die rechtlichen Schicksale des Pfandstücks. Die Vollstreckung ergreift nicht dem Schuldnervermögen fremde Gegenstände. Sie muß aber folgerichtig auch auf die Zwangsverwertung derjenigen Vermögensstücke verzichten, die zwar zum Schuldnervermögen zur Zeit der Pfändung gehören, ihm aber nachträglich mit rückwirkender Kraft entzogen werden.

Auch aus dem Begriff der relativen Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung i. S. der Dinglichkeitslehre läßt sich die Gültigkeit des Pfandrechts trotz Vernichtung des Eigentums nicht folgern. Selbst wenn die angefochtene Rechtshandlung nur dem Anfechtungsberechtigten gegenüber nichtig, jedem anderen gegenüber aber vollwirksam ist, so umfaßt die relative Unwirksamkeit doch alle aus der angefochtenen Rechtshandlung hergeleiteten Rechte. Auch nach dieser Richtung hin versagt im Vollstreckungsverfahren der Schutz des Dritten. Dem Anfechtungsgläubiger gegenüber ist sein Pfandrecht unwirksam, während es jedem anderen gegenüber zu Recht besteht.

1) R. G. v. 30. X. 06 Seuff. Arch. 72. 384; ferner R. G. 26. 103; 40. 290; 60. 72; v. 18. III. 05 J. W. S 239 Nr. 8; Hamburg O. L. G. 2 S. 219, Dresden O. L. G. 4 S. 329.

Er kann sich nicht darauf berufen, daß die Unwirksamkeit der Eigentumserwerbshandlung nur im Verhältnis zwischen Anfechtungsberechtigten und Vollstreckungsschuldner bestehe. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr würde er diesen Einwand mangels eines selbständigen Anfechtungsgrundes aus § 11 Anf.-Ges. geltend machen können. Dem Vollstreckungsverfahren aber genügt die Tatsache, daß das Pfandstück objektiv nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners gehört, um diesen Einwand gegenüber dem durch die relative Unwirksamkeit geschützten Gläubiger auszuschließen.

Nach alledem ist festgestellt, daß mit Anfechtung der Übereignung des Pfandstücks an den Vollstreckungsschuldner in jedem Fall dem Anfechtungsgläubiger gegenüber auch das in der Zwischenzeit am Anfechtungsgegenstand begründete Vollstreckungspfandrecht erlischt ohne Rücksicht auf etwaige Gutgläubigkeit des Vollstreckungsgläubigers. Die mit rückwirkender Kraft eintretende Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen besteht auch gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger. Die Pfändung hat die ihr gezogenen Grenzen überschritten, hat über das Vermögen des Exequendus hinausgegriffen, und ist daher nichtig. Diese Nichtigkeit besteht allerdings nach dem von uns entschieden abgelehnten Begriff der relativen Unwirksamkeit i. S. der Dinglichkeitslehre nur gegenüber dem Anfechtungsgläubiger, im Übrigen ist das Pfandrecht gültig; ein Ergebnis, das als in hohem Grade bedenklich bezeichnet werden muß.

Es fragt sich nun weiter: Liegt auch die zweite Voraussetzung des § 771 neben der Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks vor, besitzt der Anfechtungsgläubiger „ein die Veräußerung hinderndes Recht", und welches ist dieses Recht?

Das Anfechtungsrecht selbst kann nicht als Widerspruchsrecht geltend gemacht werden. Daß der Anfechtungsgegenstand dem Gläubiger nicht zusteht, bedarf keiner Erörterung. Der Gläubiger hat aber im Anfechtungsrecht auch keinen Anspruch auf restitutive Rückgewähr. Dieses Recht bindet die Verfügungsmacht des Vollstreckungsschuldners weder als dingliches

Recht an der Sache noch als persönlicher Anspruch auf Rückgewähr einer nicht zum Schuldnervermögen gehörigen Sache. Es erschöpft sich vielmehr in der Befugnis, die Anfechtungserklärung abzugeben, diese Bindung durch Ausscheidung des Anfechtungsgegenstandes aus dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners erst herbeizuführen. Wäre das Anfechtungsrecht selbst ein veräußerunghinderndes Recht, so würde der Berechtigte die Veräußerung des Gegenstandes durch den Anfechtungsgegner dadurch hindern können, daß er gegenüber dem Erwerber das bestehende, noch nicht ausgeübte Anfechtungsrecht geltend macht, ebenso wie etwa der Eigentümer durch Geltendmachung seines Eigentums den Erwerb von Nichtberechtigten hindert. Der Anfechtungsberechtigte aber vermag vor Ausübung seines Rechts die Verfügung des Gegners nicht zu hindern. Diese ist auch bei Kenntnis der Anfechtbarkeit auf Seiten des Erwerbers zunächst durchaus gültig und nur der Gefahr rückwirkender Vernichtung durch Abgabe der Anfechtungserklärung ausgesetzt. Insofern schließt das Anfechtungsrecht eine Verfügung des Gegners nicht aus; es ist kein Recht, das „seiner wirtschaftlichen Natur nach mit dem Schuldnereigentum unverträglich“ [1]) ist. Das Anfechtungsrecht als solches setzt vielmehr nach der Dinglichkeitslehre die Zugehörigkeit des Gegenstandes zum Vermögen des Gegners gerade voraus, diese besteht ebensolange wie das Anfechtungsrecht. Die Nichtzugehörigkeit entsteht erst durch die Abgabe der Anfechtungserklärung, d. i. mit Erlöschen des Anfechtungsrechts. Solange der Gläubiger sein Recht nicht ausgeübt hat, ist für die Widerspruchsklage mangels Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen kein Raum. Mit dem Eintritt dieser Voraussetzung aber erlischt das Anfechtungsrecht und kann daher nicht als veräußerunghinderndes Recht geltend gemacht werden.

Ein veräußerunghinderndes Recht an dem einstweilen noch zum frei verfügbaren Schuldnervermögen gehörigen Gegenstand kann erst durch Ausübung des Anfechtungsrechts entstehen.

1) Gaupp-Stein I zu § 771.

Diese muß daher bei Erhebung der Widerspruchsklage bereits stattgefunden haben oder aber spätestens gleichzeitig erfolgen. Der Anfechtungsgläubiger besitzt die Möglichkeit, gemäß § 771 Abs. II die gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichtete Widerspruchsklage mit der im Klagweg verfolgbaren Anfechtung gegen den Vollstreckungsschuldner zu verbinden. Auch bei diesem Vorgehen ist für den Interventionsprozeß noch die Grundlage der Nichtzugehörigkeit gegeben.

Aus der Ausübung des Anfechtungsrechts und der dadurch geschaffenen Rechtslage ergibt sich das veräußerunghindernde Recht des Anfechtungsgläubigers. Das Eigentum des Gegners ist ihm gegenüber vernichtet. Die Vernichtung ist aber nur das Mittel zur Ermöglichung der Zwangsbefriedigung des Gläubigers. · Ihm gibt das Gesetz zu diesem Zweck ein unmittelbares Recht gegen den Anfechtungs- und Vollstreckungsschuldner. Er ist nicht auf die Pfändung des dem Urschuldner zustehenden Eigentumsanspruchs angewiesen, sondern er besitzt den „Rückgewähranspruch" gegen den Anfechtungsschuldner. Die Aussonderung des Gegenstand aus dessen Vermögen vollzieht sich kraft eigenen und nicht kraft abgeleiteten Rechts des Gläubigers. Auf dem Rückgewähranspruch, der an früherer Stelle eingehend besprochen worden ist, beruht die mangelnde Verfügungsmacht des Anfechtungsschuldners gegenüber dem Gläubiger; er erfüllt alle Voraussetzungen des Widerspruchsrechts. Infolge der rückwirkender Kraft der Anfechtung entsteht er mit Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung; der Gegenstand war nie Eigentum des Anfechtungsschuldners, es stand also auch von vornherein dem Berechtigten der Rückgewähranspruch zu. Er richtet sich weiter gegen den Vollstreckungsschuldner, der Vollstreckungsgläubiger wird nur mittelbar durch die Anfechtung berührt. Und auch die materielle Seite des Rückgewähranspruchs genügt dem Erfordernis des § 771: Er ist ein Anspruch auf restitutive Rückgewähr, auf Herausgabe einer dem Gegner nicht gehörigen Sache.

Irrig ist die Auffassung, daß die Widerspruchsklage auf das wieder aufgelebte Eigentum des Urschuldners gestützt werden

könne, wie Gaze[1]) annimmt, wenn er für die konkursmäßige Anfechtung die Masse als Eigentümerin des Pfandstücks bezeichnet. Diese Ansicht bringt ihn mit sich selbst in Widerspruch. Denn abgesehen davon, daß außerhalb des Konkurses jede Befugnis des Gläubigers zur Geltendmachung dieses Rechts seines Schuldners fehlen würde, wird mit Rücksicht auf die relative Unwirksamkeit i. S. der Dinglichkeitslehre das Verhältnis zwischen den Parteien der angefochtenen Rechtshandlung durch die Anfechtung nicht berührt. Gaze selbst bemerkt: „§ 1 Anf.-Ges. schreibt ausdrücklich vor, daß die Wirkung lediglich das Verhältnis des Anfechtungsgegners und des Gläubigers berührt, die Rechtshandlung unter den Kontrahenten dagegen wirksam bleibt."[2]) Dem Urschuldner gegenüber bleibt der Anfechtungsgegner nach wie vor Eigentümer des veräußerten Gegenstandes; folgeweise kann auch der Gläubiger ein Recht, das seinem Schuldner nicht zusteht, nicht in dessen Namen im eigenen Interesse geltend machen. Eine solche Ausübung fremden Rechts durch den Gläubiger würde in Frage gezogen werden können bei richtiger Auslegung des Begriffs der relativen Unwirksamkeit i. S. absoluter Nichtigkeit unter der Rechtsbedingung der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes;[3]) vom Standpunkt der entgegengesetzten Anschauung aber ist diese Konstruktion völlig ausgeschlossen.

Sonach ist nach der Dinglichkeitslehre im Gegensatz zur Obligationslehre bei Anfechtung des Pfandstückserwerbes durch den Vollstreckungsschuldner die Widerspruchsklage zulässig. Der Anfechtungsberechtigte kann das Anfechtungsrecht gegenüber dem Exequendus durch formlose Erklärung vor Erhebung der Widerspruchsklage ausüben. Er kann aber auch die materiellrechtliche Anfechtungsklage als gewöhnliche Leistungsklage gleichzeitig mit der Widerspruchsklage erheben, um auch damit deren Voraussetzungen, Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum

1) a. a. O. S. 50.
2) a. a. O. S. 23, dazu Oertmann S. 4.
3) Oertmann a. a. O. S. 27.

Schuldnervermögen und restitutiven Rückgewähranspruch des Intervenienten, zur Entstehung zu bringen.

§ 9.

Die Anfechtung innerhalb des Konkurses, deren Betrachtung wir uns nunmehr zuwenden, zeigt keine für die Anwendbarkeit des § 771 erheblichen Abweichungen. Sie unterscheidet sich, wie früher dargelegt wurde, von der außerkonkursmäßigen Anfechtung hinsichtlich der Person des Anfechtungsberechtigten — an Stelle des Einzelgläubigers tritt jetzt die durch den Konkursverwalter vertretene Gesamtgläubigerschaft und in Art und Umfang der Rückgewähr, die sich hier durch positive Leistung zur Konkursmasse vollzieht und regelmäßig im ganzen Umfang des Anfechtungserwerbes zu erfolgen hat. Diese Abweichungen ergeben sich aus den anders gearteten Umständen innerhalb des Konkurses. Das Anfechtungsrecht selbst aber ist seinem Wesen nach gegenüber der außerkonkursmäßigen Anfechtung nicht verändert; es ist hier wie dort ein persönlicher Anspruch bezw. ein Recht des rechtlichen Könnens. Das Ergebnis ist demnach ganz das gleiche: Die Widerspruchsklage ist nach der Obligationslehre nicht begründet; nach der Dinglichkeitslehre dagegen steht sie dem Konkursverwalter auf Grund des Rückgewähranspruchs der Gläubiger zu.

Im Gegensatz zu diesem Ergebnis verneint Sohm[1]) auch vom Standpunkt der Dinglichkeitslehre die Zulässigkeit der Widerspruchsklage auf Grund folgender Erwägungen: Die durch die Anfechtungserklärung herbeigeführte Nichtigkeit ist als blos relative der Konkursmasse gegenüber nicht vorhanden. Daher kann der Konkursverwalter auch in seiner Eigenschaft als Vertreter der Konkursmasse diese relative Nichtigkeit nicht geltend machen, demnach auch nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht der Konkursmasse behaupten. Diesem Ergebnis kann nur insoweit beigetreten werden, als nach dem Begriff der relativen Nichtigkeit i. S. der Dinglichkeitslehre

1) a. a. O. S. 89.

der Konkursmasse allerdings kein veräußerunghinderndes Recht zusteht; — im offenbaren Widerspruch mit sich selbst bemerkt Sohm kurz zuvor: „Wenn der Anfechtungsgegner und Vollstreckungsschuldner an der Veräußerung verhindert ist, so hat dies seinen Grund darin, daß nicht er, sondern die Konkursmasse (bezw. der Gemeinschuldner) Subjekt des Rechtes war." Als Vertreter der Konkursmasse ist der Verwalter zweifellos nicht zur Erhebung der Widerspruchsklage legitimiert. Ebenso aber, wie er bei Abgabe der Anfechtungserklärung — auch nach Sohm — die Gläubigerschaft vertritt, so ist er auch befugt, den aus der Anfechtungserklärung sich ergebenden Rückgewähranspruch in Vertretung der Gläubigerschaft geltend zu machen. Sohm übersieht, daß das Anfechtungsrecht sich nicht in der Abgabe der Anfechtungserklärung erschöpft, sondern daß es auch den von Hellwig zu den „Anfechtungsansprüchen" gerechneten Rückgewähranspruch mit umfaßt. Veräußerunghinderndes Recht ist dieser Rückgewähranspruch der Gläubiger und nicht das Eigentum der Konkursmasse oder des Gemeinschuldners; dieses lebt durch die Anfechtungserklärung nicht wieder auf.

Ein Unterschied zwischen konkursmäßiger und außerkonkursmäßiger Anfechtung, zwar nicht bezüglich der Zulässigkeit der Widerspruchsklage, aber doch hinsichtlich der Art ihrer Begründung, des Widerspruchsrechts, ergibt sich nur für die Dinglichkeitslehre vom Standpunkt derjenigen Ansicht, die der Konkursgläubigerschaft ein dingliches Recht an der Masse, das sog. Konkurspfandrecht oder Beschlagsrecht zuschreibt. Angesehene Schriftsteller[1]) vertreten die Auffassung, daß mit der Konkurseröffnung ein gesetzliches Pfandrecht der Gläubigerschaft an der Masse entstehe, das die Grundlage ihrer Befriedigung bilde und in jeder Beziehung einem sonstigen

1) Kohler Lehrb. §§ 22 ff, Leitf. § 11, Civ. Arch. Bd. 81 S. 329 ff, Ztschr. f. Handelsrecht Band 52 S. 432 ff; L. Seuffert Konk. Proz. Recht § 25; Hellmann Lehrb. S. 623 ff; v. Canstein Zeitschr. f. Privat- und öffentl. Recht Bd. 9 S. 466 ff; v. Bar in Holtzendorf Encykl. 5. A. I S. 847.

Pfandrecht gleichstehe. Das Reichsgericht [1]) und die herrschende Lehre [2]) verwirft diese Konstruktion, wenngleich anerkannt wird, daß sich aus der Konkurseröffnung für die Gläubigerschaft gewisse Wirkungen bezüglich der Masse ergeben, die als „Konkursbeschlag" bezeichnet werden können, aber die Annahme eines besonderen Pfandrechts zu ihrer Konstruktion nicht erfordern. [3]) Ein näheres Eingehen auf diese Lehre erübrigt sich im Rahmen unserer Untersuchungen. In erster Linie wird das Anfechtungsrecht behandelt; die Rechtsstellung der Gläubiger im Übrigen ist nur insoweit heranzuziehen, als sie für unsere Aufgabe von Bedeutung ist. Es genügt hier, die Folgerungen aus der Verschiedenheit der Ansichten für und wider das Konkurspfandrecht zu ziehen, ohne ihre theoretische Begründung zu erörtern.

Nach dieser Lehre erscheint das Recht der Gläubiger auf Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes als Ausfluß nicht der besonderen, durch die Anfechtung geschaffenen Rechtslage, sondern der allgemeinen Konkurslage. Der Anfechtungsgegenstand gehört mit Abgabe der Anfechtungserklärung zur Konkursmasse, zu der ihn der Verwalter wie jeden anderen nicht in seinem Besitz befindlichen Massebestandteil kraft der actio hypothecaria der Gläubigerschaft zieht. [4]) Der Verwalter macht also nicht nur ein obligatorisches Recht auf restitutive Rückgewähr geltend, sondern ein dingliches Recht an der dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörigen Sache. Auch in diesem Recht sind ebenso wie im Rückgewähranspruch die Voraussetzungen des Widerspruchsrechts gegeben: Es richtet sich gegen den Exequendus und besteht zur Zeit der Pfändung, vorausgesetzt, daß diese nicht gerade in der Zeit zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der Konkurseröffnung erfolgt.

1) R. G. Bd. 19 S. 62, Bd. 46. S. 167, 27. 9. 1892 Bolze 15 Nr. 634, 14. 2. 1893 Bolze 16 Nr. 70.

2) Oetker I S. 128 ff, Petersen-Kleinfeller Anm. 2 zu § 3, Endemann Konk. Verfahren S. 54, Schmidt Z. Bd. 29 S. 537 ff; u. a.

3) R. G. v. 8. 2. 98 J. W S. 192 Nr. 100.

4) L. Seuffert Konkursprozeßrecht S. 153.

Denn sonst würde die Pfändung nach Abgabe der Anfechtungserklärung zwar ebenfalls nichtig sein, die Gläubigerschaft aber würde mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung des Konkurspfandrechts kein Recht besitzen, das zur Zeit der Pfändung die Verfügungsmacht des Vollstreckungsschuldners ausschloß. Sind diese formellen Voraussetzungen erfüllt, so liegen auch die materiellen Erfordernisse des § 771 vor: Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen, und an Stelle des restitutiven Rückgewähranspruchs das dingliche Recht der intervenierenden Konkursgläubigerschaft am Pfandstück. Auch hier ist nicht das Anfechtungsrecht selbst das Widerspruchsrecht, sondern das mittelbar der Anfechtungserklärung, unmittelbar aber der Konkurseröffnung entspringende Pfandrecht. Unbefriedigend aber ist bei dieser Lehre, daß die Zulässigkeit der Widerspruchsklage von dem zufälligen Zeitpunkt der Pfändung abhängt; es fehlt an dem einheitlichen Ergebnis der herrschenden Ansicht.

Nach der Konkurspfandrechtstheorie konkurriert mit dem Pfändungspfandrecht ein gesetzliches Pfandrecht. Hieraus kann jedoch nicht etwa die Unzulässigkeit der Widerspruchsklage auf Grund des § 805 Z. P. O. gefolgert werden. § 805 bezieht sich auf den Fall einer Kollision zwischen Vollstreckungspfandrecht und einem anderen, nicht mit dem Besitz an der Sache verbundenen Pfandrecht. Hier darf der nicht besitzende Pfandgläubiger nicht die Einstellung der Vollstreckung im Wege der Widerspruchsklage herbeiführen, obgleich die Pfändung über das frei verfügbare Schuldnervermögen hinausgegriffen hat. Denn auch das Recht des Dritten bezweckt ebenfalls nur Verwilderung des Pfandstücks zwecks zwangsweiser Befriedigung; deshalb ist seinem Bedürfnis bereits dann genügt, wenn ihm der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös gegeben wird. Damit ist für ihn die gleiche Rechtslage geschaffen, wie wenn er selbst sein Pfandrecht realisiert hätte. Voraussetzung des § 805 aber ist naturgemäß Identität der beiden Pfandschuldner. Nur dann ist der Übergriff der Vollstreckung durch das Ausgleichsverfahren des § 805 heilbar,

indem die beiden konkurrierenden Gläubiger dem wahren Rang ihrer Rechte entsprechend aus dem Schuldnervermögen befriedigt werden. Im vorliegenden Falle dagegen sind die beiden Pfandschuldner verschiedene Personen; die Pfandrechte ruhen nicht auf der gleichen Grundlage des Eigentums des Exequendus. Damit ist eine bloße Rangänderung nach § 805 ausgeschlossen. Die Anwendung dieser Bestimmung würde dem Vollstreckungspfandgläubiger Befriedigung aus einer seinem Schuldner garnicht gehörigen Sache gewähren. Sein Pfandrecht tritt nicht, an sich gültig, hinter das Konkurspfandrecht zurück, sondern es ist nichtig, weil das Pfandstück seinem Schuldner nicht gehörte. § 805 kann daher nicht Anwendung finden, vielmehr liegt hier ein Fall vor, in dem die Widerspruchsklage auf ein Pfandrecht gegründet wird.

§ 10.

Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage im Fall I kann endlich auch auf Grund der §§ 40 K. O. und 11 Anf.-Ges. in Frage gezogen werden. Der Pfändungspfandgläubiger ist Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners.[1]) Die Pfändung unterliegt daher unter den Voraussetzungen der §§ 40, 11 der selbständigen Anfechtung ohne vorhergegangene Anfechtungserklärung oder gar Klage gegenüber dem Vormann.[2]) Doch vermag der in diesem Fall gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichtete, nach der Dinglichkeitslehre restitutive, nach der Obligationslehre traditive Anspruch auf Rückgewähr des Pfandrechts, d. h. des im Besitz des Vollstreckungsgläubigers befindlichen Pfandstücks, die Widerspruchsklage nicht zu begründen. Bezüglich der formellen Voraussetzungen dieses Widerspruchsrechts ist die Rechtslage die gleiche wie im Fall II; es genügt

1) R. G. 15. 371, 39. 83. Hellwig Rechtskraft S. 251, Lehrbuch I S. 282; Petersen-Kl. A. 5 zu § 40; Wilmowski-Kurlb. A. 4 zu § 40; Jäger A. 10 zu § 40 K. O.; Gaze S. 43.

2) R. G. v. 12. 11. 1891 Bolze 13 Nr. 94; Motive z. K. O. S. 150 (Hahn S. 154); unter Umständen zweifacher Anfechtungsanspruch R. G. 27. 23, 30. 88, 34. 406, Bolze 16 Nr. 195.

deshalb hier die Verweisung auf die späteren Erörterungen. Aber auch die materiellen Voraussetzungen des § 771 sind nicht erfüllt. Die Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen wird durch diesen Anspruch nicht erwiesen; es ist kein Rückgewähranspruch i. S. des § 771, der die Verfügungsmacht des Exequendus hindert. Die Anfechtung gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger ist in Verbindung mit derjenigen gegenüber dem Vollstreckungsschuldner überflüssig, selbständig geltendgemacht aber nicht ausreichend. Denn die Abgabe der Anfechtungserklärung gegenüber dem Exequendus führt stets auch im Verhältnis zum Pfändungsgläubiger mit rückwirkender Kraft die Nichtzugehörigkeit herbei, ohne daß jenem gegenüber eine selbständige Anfechtung erforderlich wäre. Ist aber das Anfechtungsrecht gegenüber dem Exequendus nicht ausgeübt, so wird auch durch die Anfechtung gegenüber dem Pfändungsgläubiger die Nichtzugehörigkeit nicht geschaffen, vielmehr das Eigentum des Exequendus wieder von jeder Schranke befreit. Die Vorschrift der §§ 40 K. O. und 11 Anf.-Ges., auf die Hellmann gerade das entscheidende Gewicht legt, ist also in Wahrheit für die Begründung der Widerspruchsklage ohne Bedeutung.

§ 11.

Im zweiten Fall der Anfechtung, den die Rechtsprechung fast ausschließlich und die Litteratur überwiegend behandelt, steht die Anfechtbarkeit des Vollstreckungsaktes selbst in Frage. Während im Fall I sich zwei Paare von Gläubigern und Schuldnern gegenüberstehen, konkurrieren hier zwei Gläubiger desselben Schuldners bezw. die Konkursgläubigerschaft und der Vollstreckungsgläubiger. Die Konkursanfechtung bildet hier die Regel; außerhalb des Konkurses unterliegen Pfändungen nur unter besonderen, später hervorzuhebenden Voraussetzungen der Anfechtung. Die typische Rechtslage ist folgende: Ein Gläubiger geht gegen seinen Schuldner mit der Zwangsvollstreckung vor und pfändet ein Vermögensstück unter den Voraussetzungen des § 29 K. O. Darauf bricht über das

Vermögen des Schuldners der Konkurs aus. Der Konkursverwalter macht gegenüber dem vom Pfändungspfandgläubiger beanspruchten Absonderungsrecht die Anfechtbarkeit der Pfändung geltend und fordert Rückgewähr des Pfandstücks zur Masse. Der Pfandgläubiger weigert die Freigabe des Pfandstücks, sodaß der Verwalter den Prozeßweg beschreiten muß. Ist er berechtigt, auf Grund des Anfechtungsrechts im Wege der Widerspruchsklage die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen?

Handelt es sich um die Zulässigkeit der Widerspruchsklage gegenüber anfechtbaren Vollstreckungsakten, so erhebt sich zunächst die Frage: Inwieweit sind überhaupt Vollstreckungshandlungen innerhalb und außerhalb des Konkurses anfechtbar? Die Antwort lautet in beiden Fällen sehr verschieden.[1]) Zwar richtet sich die Anfechtung immer gegen „Rechtshandlungen", zu denen die Pfändung ganz zweifellos gehört.[2]) Während aber außerhalb des Konkurses ausschließlich Rechtshandlungen des Schuldners der Anfechtung unterliegen (§ 1 Anf.-Ges.), erfordert die konkursmäßige Anfechtung nicht immer die Mitwirkung des Schuldners bei der die Gläubigerschaft benachteiligenden Rechtshandlung. Sie setzt in den Fällen des § 30. I. 2 und II K. O. eine Rechtshandlung des Schuldners nicht voraus; hier genügt jede Rechtshandlung überhaupt, welche einem Konkursgläubiger kongruente oder inkongruente Deckung gewährt. Unter § 30. II fällt auch der Pfändungsakt, denn das Pfandrecht enthält eine Sicherung des Konkursgläubigers, auf die er keinen Anspruch hatte. Die persönliche Forderung des Gläubigers gibt ihm lediglich das Recht auf Befriedigung aus dem Schuldnervermögen in seinem jeweiligen Bestand und Umfang, sie schließt aber nicht auch zugleich das Recht auf Sicherung in sich ein. Der Gläubiger ist den Schwankungen des Schuldnervermögens ausgesetzt; er muß sich auch die Gefahr eines Konkurses und der damit verbundenen unvoll-

1) Vgl. insbesondere Jäger § 30 K. O. Anm. 48 ff, § 1 Anf.-Ges. Anm. 39, Wilmowski-Kurlb. § 30 N. 30 f.

2) z. B. R. G. 10. 33; Bayer. Ob. L. G. Seuff. Arch. 60. 382.

ständigen Befriedigung gefallen lassen und hat kein Recht, angesichts der drohenden Konkurseröffnung sein obligatorisches Recht durch Pfändung zu einem Absonderungsrecht zu verstärken. Selbst die richterliche Bestätigung seines Anspruchs in Gestalt des Vollstreckungstitels gibt ihm nicht den Anspruch auf Sicherung, sondern nur auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung. Die Sicherung ist nicht etwa ein minus, sondern ein aliud gegenüber der Befriedigung überhaupt (jene erhält den Anspruch schützend aufrecht, diese tilgt ihn), und ein plus gegenüber der den Gläubiger erwartenden konkursmäßigen Befriedigung.[1]) Demgemäß enthält die Vollstreckungspfändung für den Gläubiger eine Sicherung, die er nicht zu beanspruchen hatte, selbst dann, wenn er den Vollstreckungstitel noch vor der kritischen Zeit erlangt hatte.[2]) Diese Auffassung entspricht auch durchaus dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs. „Für den praktischen Standpunkt müßte es Wunder nehmen, daß der Gläubiger, welcher eine dargebotene Leistung annimmt, sich der Anfechtung aussetzt, der Gläubiger hingegen, welcher eine vom Schuldner vielleicht pflichtgetreu verweigerte Leistung erzwingt, von der Anfechtung frei sein sollte.“[3]) Die Konkursgläubiger brauchen daher das von ihm beanspruchte Absonderungsrecht nicht gegen sich gelten zu lassen.

Außerhalb des Konkurses fehlt eine Gesamtgläubigerschaft, deren Interessen gleichmäßig wahrzunehmen wären, und dementsprechend eine dem § 30 K. O. analoge Schutzvorschrift. Auch wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind, stehen sie doch, solange der Konkurs nicht eröffnet ist, in keiner Verbindung miteinander. Hier gilt das Recht der Priorität: Jeder Gläubiger kann unabhängig von den übrigen sich aus dem Schuldnervermögen befriedigen ohne Rücksicht darauf, ob der

1) Jäger § 30 K. O. Anm. 49; vgl. R. G. 7. 111, 10. 36.

2) R. G. 10. 36, 17. 29, 23. 113, 25. 40, 40, 91; Bayer. Ob. L. G. Seuff. Arch. 60 S. 382; Cöln O. L. G. 4 S. 178. Cosack S. 202 ff, Kohler Leitf. S. 158 ff, L. Seuffert Konk.-Proz.-Recht S. 209, Hellwig Anspr. § 12 N. 17; Jäger A. 49, Wilmowski A. 33, Petersen-Kl. A. 28 zu § 30.

3) Mot. zu K. O. S. 120 (Hahn S. 129).

Rest zur Befriedigung der anderen Gläubiger ausreicht. Nur darf der Schuldner nicht selbsttätig dem Interesse seiner Gläubiger zuwiderhandeln, indem er in böslicher, dem anderen Teil bekannter Benachteiligungsabsicht Rechtshandlungen vornimmt oder durch unentgeltliche Verfügungen seine dem Gläubigerzugriff unterworfenes Vermögen verringert. Außerhalb des Konkurses sind ausschließlich Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar. Daher sind grundsätzlich Vollstreckungshandlungen als einseitige, vom Willen des Schuldners unabhängige Rechtsakte der Anfechtung entzogen. Nur wenn und soweit die Pfändung nach Lage des Falls „als vom Schuldner bewirkte Handlung anzusehen“ [1]) ist, kann der benachteiligte Gläubiger sie anfechten. Aber auch wenn dies der Fall ist, so ist doch die Pfändung noch nicht ohne weiteres anfechtbar, ebensowenig wie jede andere Rechtshandlung des Schuldners, die objektiv eine Benachteiligung der Gläubiger enthält. Es muß noch eine der besonderen Voraussetzungen des § 3 Anf.-Ges. hinzutreten. Diese sind insbesondere dann erfüllt, wenn die Vollstreckungshandlung „in kollusivem Einverständnis des Schuldners mit dem Gläubiger zustande gebracht“ [2]) ist. Eine solche Mitwirkung liegt nach Ansicht des R. G. z. B. in der Aufforderung an einen Gläubiger, dem drohenden Zugriff anderer zuvorzukommen, in der Verheimlichung von Sachen, um sie gerade für den Zugriff des begünstigten Gläubigers bereit zu halten, auch in der vorzeitigen oder beschleunigten Gewährung des Vollstreckungstitels.

§ 12.

Das Hauptanwendungsgebiet des Fall II ist das Gebiet der konkursmäßigen Anfechtung, da sie eine Mitwirkung des Gemeinschuldners bei der anfechtbaren Rechtshandlung nicht fordert. Im Gegensatz zu Fall I soll deshalb jetzt zunächst die Anfechtung innerhalb des Konkurses behandelt und die außerkonkursmäßige Anfechtung in zweiter Linie dargestellt werden.

1) R. G. 47. 224.

2) R. R. 47. 224; vgl. ferner R. G. v. 3. 5. 07 Recht XI Nr. 1726, v. 12. 6. 08 J. W. 08 S. 496.

Im ersten Fall war der anfechtende Konkursverwalter ganz zweifellos Dritter. Jetzt dagegen kann seine Stellung bei Ausübung des Anfechtungsrechts nach dieser Richtung hin verschieden aufgefaßt werden. Die Grundlage der Beurteilung bildet die überaus bestrittene Frage der Rechtsstellung des Konkursverwalters im allgemeinen. Ein näheres Eingehen auf diese Frage würde den Rahmen unserer Aufgabe überschreiten.[1]) Hier sei nur soviel grundsätzlich gesagt: Der Konkursverwalter kann mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Rechte und Pflichten, die er teils im Interesse des Gemeinschuldners, teils der Gläubigerschaft ausübt, und auf den ausschließlich privaten Charakter der von ihm wahrzunehmenden Interessen nicht als Vertreter lediglich des Gemeinschuldners oder der Gläubigerschaft, andererseits auch nicht als ein von den Konkursbeteiligten unabhängiges, über ihnen stehendes amtliches Organ aufgefaßt werden. Vielmehr ist er zu betrachten als Vertreter teils des Gemeinschuldners — bei Verwaltung und Verfügungen bezüglich der Masse, die zwar im Gläubigerinteresse, doch nicht kraft Gläubigerrechts erfolgen —, teils der Gläubigerschaft — in Ausübung der ihr zustehenden Rechte und Pflichten. Beim Anfechtungsrecht ist demnach aus der Person des Berechtigten zu bestimmen, in wessen Vertretung der Verwalter dieses Recht ausübt. Es wurde bereits früher bei der dogmatischen Betrachtung des Anfechtungsrechts hervorgehoben, daß es sowohl nach der Fassung des Gesetzes als auch nach seiner wirtschaftlichen Bedeutung nur als Recht der Gläubigerschaft und nicht etwa als Massebestandteil aufzufassen ist. Nur die Gläubigerschaft kann daher als durch den anfechtenden Verwalter vertreten gedacht werden. Dieser steht mithin für den Interventionsprozeß dem Gemeinschuldner gegensätzlich als „Dritter" gegenüber.[2]) Ebenso erblickt das Reichsgericht, so sehr sich auch im Übrigen seine Entscheidungen bezüglich der Rechtsstellung des Verwalters widersprechen, in dauernder

1) Vgl hierzu Jäger zu § 6 K. O. mit eingehenden Litteraturangaben.

2) Wach Handbuch I S. 589 N. 9; Cosack S. 235, Schrutka II S. 80, Weismann II S. 106 u. a.

Rechtsprechung in ihm bei Ausübung des Anfechtungsrechts den Vertreter der Gläubigerschaft, folgeweise einen „Dritten" für den Interventionsprozeß;[1]) der Gemeinschuldner ist „nicht Träger des lediglich im Interesse der Gläubiger gewährten, den Hauptstreitgegenstand bildenden Anfechtungsrechts".[2]) Es ist also auch bei Fall II der Anfechtung dies Erfordernis in der Person des Intervenienten erfüllt.

§ 13.

Die übrigen Voraussetzungen des § 771 sind nach der Obligationslehre, von der wir auch hier wieder ausgehen, ebensowenig erfüllt wie in Fall I. Jetzt fehlt es sogar an den formellen Erfordernissen des Widerspruchsrechts; die Rechtslage entspricht in keiner Weise dem Fall des § 771.

Das Widerspruchsrecht muß sich gegen den Vollstreckungsschuldner richten; als seine Veräußerungshandlung ist die anfechtbare Pfändung zu denken, seine Verfügungsmacht also muß durch das Anfechtungsrecht ausgeschlossen sein. Dieses Recht aber kann sich im Fall II seinem Wesen nach nur gegen den Vollstreckungsgläubiger richten, denn ein Ausgleich der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung ist nur durch ihn möglich als denjenigen, zu dessen Gunsten die den Anfechtungsberechtigten nachteilige Rechtshandlung erfolgt ist. Mit der Pfändung des Anfechtungsgegenstandes sind hinsichtlich desselben alle Beziehungen zwischen Konkursgläubigern und Gemeinschuldner auf Grund der Forderungsrechte gelöst. Gerade hierdurch aber ist der Gegenstand der Befriedigung der Gläubigerschaft entzogen. Deshalb kann nunmehr in ihrem Interesse der Verwalter vom Empfänger des anfechtbaren Erwerbs die Rückgewähr fordern, d. h. Aufgabe des Pfandrechts durch den Vollstreckungsgläubiger, der sich am Konkurs lediglich als persönlicher Konkursgläubiger zu beteiligen hat. In der Richtung

1) R. G. 18. 394, 31. 43, 36. 369, Seuff. Arch. 36 Nr. 169, v. 16. 4. 89 Bolze 7 Nr. 879, v. 10. 5. 89 Bolze 8 Nr. 872, v. 16. 2. 91 Bolze 11 Nr. 781; Dresden O. L. G. 4 S. 178.

2) R. G. 52. 333.

gegen ihn erschöpft sich das Anfechtungsrecht; der Vollstreckungs- und Gemeinschuldner kommt für diesen Anspruch unmittelbar nicht in Betracht.

Ebenso fehlt auch die zweite formelle Voraussetzung des Widerspruchsrechts. Ginge das Anfechtungsrecht auch gegen den Exequendus, so müßte es doch weiter, um dessen in der Pfändung liegende Veräußerungshandlung zu hindern, zu dieser Zeit bereits bestehen. Anderenfalls mag es zwar irgend ein Reaktionsrecht gegenüber der Zwangsvollstreckung sein, kann sie aber nie als unrechtmäßig erweisen. Das Anfechtungsrecht nun ist der Vollstreckungshandlung nicht prä-, sondern koexistent, seine Entstehung ist durch die Vornahme der Pfändung bedingt. Das Anfechtungsrecht ist begrifflich nicht denkbar ohne die voraufgegangene Pfändung als den Benachteiligungsakt, gegen den es sich zwecks wirtschaftlichen Ausgleichs richtet. Die Auffassung, daß dieses Recht die anfechtbare Pfändung i. S. des § 771 zu hindern vermag, sagt m. a. W.: Das Anfechtungsrecht hindert den Eintritt der Voraussetzungen, von denen seine Entstehung abhängt. Es würde dann die Rückgewährverbindlichkeit begründet sein vor erfolgter Hingabe, während sie in Wahrheit naturgemäß durch Empfang der Leistung bedingt ist.

Spricht schon der Mangel der formellen Voraussetzungen gegen die Anwendbarkeit des § 771, so zeigt sich dies Ergebnis mit voller Schärfe bei Betrachtung des sachlichen Inhalts des Anfechtungsrechts. Erforderlich ist zur Begründung der Widerspruchsklage ein Übergriff der Zwangsvollstreckung über das freie Schuldnervermögen. In der anfechtbaren Pfändung aber kann ein solcher Übergriff nicht gefunden werden. Vielmehr gehört der Anfechtungsgegenstand zur Zeit der Pfändung dem frei verfügbaren Schuldnervermögen zu. In diesem Zeitpunkt haben die nachmaligen Konkursgläubiger keinerlei Rechte am Vermögen ihres Schuldners, soweit sie nicht zugleich Absonderungsberechtigte sind. Sie haben aus ihren Forderungen lediglich das Recht gegen den Schuldner, daß er sein gesamtes Vermögen zu ihrer Befriedigung aufbiete. Eine unmittelbare

Einwirkung auf die einzelnen Vermögensstücke steht ihnen nicht zu, diese unterliegen bis zur Konkurseröffnung der freien Verfügung des Schuldners. Es soll nur im Interesse der Gläubigerbefriedigung das Schuldnervermögen nicht ungerechtfertigt geschmälert werden. Insofern tritt zwar durch die Anzeichen der Konkurseröffnung, die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag, eine wirtschaftliche Zweckbindung des Schuldnervermögens ein, und für den Fall der inkongruenten Deckung ist diese Wirkung noch um zehn Tage zurückdatiert. Sobald sich die Aussicht eröffnet, daß der Schuldner zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger nicht das nötige Vermögen besitzt, soll wenigstens das vorhandene Vermögen in seinem ganzen Umfang zur anteiligen Befriedigung der Gläubigerschaft verwendet, es soll bei dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners der eine Gläubiger nicht günstiger gestellt werden als der andere. Diese Zweckbestimmung des Schuldnervermögens zu Gunsten der par condictio creditorum bildet jedoch keine rechtliche Schranke der Verfügungsmacht des Schuldners vor der Konkurseröffnung. Die Vermögensstücke sind für ihn wie für jeden anderen Gegenstände des freien Rechtsverkehrs, es können Rechte aller Art an ihnen gültig begründet werden. Das Gesetz erachtet die Gläubigerschaft für hinreichend geschützt, wenn ihr die Möglichkeit gegeben wird, eine an sich rechtsgültig erfolgte Schmälerung ihrer Zugriffsmöglichkeit, eine Verschiebung der par condictio creditorum im Wege der Anfechtung auszugleichen, der benachteiligenden Rechtshandlung ihre schädigenden Folgen zu entziehen. Zu diesem Zweck wird der Gläubigerschaft das Recht eingeräumt, vom Empfänger des sie benachteiligenden Erwerbs dessen Rückgewähr zu fordern. Der rechtliche Bestand jener Rechtshandlung aber wird nicht in Frage gestellt. Die Notwendigkeit eines derartigen besonderen Schutzmittels zeigt, daß das Vermögen des Schuldners vor Konkurseröffnung einer unmittelbaren Bindung zu Gunsten der Gläubiger nicht unterliegt. Es hat also auch die Pfändung einen zum freien Schuldnervermögen gehörigen Gegenstand ergriffen und ist durchaus

rechtmäßig. Insbesondere vermag nicht das durch sie erst entstehende Anfechtungsrecht einen Übergriff der Vollstreckung zu begründen. Ficht also der Konkursverwalter die Pfändung an „als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam", so behauptet und erweist er keineswegs Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen im Zeitpunkt der Pfändung. Er macht vielmehr geltend, daß das Pfandstück nicht nur zur Zeit der exekutiven Beschlagnahme zum Schuldnervermögen gehörte — und damit ist die Rechtmäßigkeit der Pfändung erwiesen —, sondern daß es auch jetzt noch in vollem Umfang „als zu demselben gehörig" zu behandeln und das anfechtbar erworbene Pfandrecht durch Freigabe des Pfandstücks zur Masse zurückzugewähren sei. Anstatt Nichtzugehörigkeit der Sache zum Vermögen des Exequendus auf Grund mangelnder Verfügungsbefugnis desselben zu behaupten, macht der Verwalter im Gegenteil eine gewisse Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Vollstreckungsgläubigers aus dem gleichen Grunde geltend. In Wahrheit aber ist, wie sich bereits in Fall I ergab, auch diese Nichtzugehörigkeit des anfechtbaren Erwerbs eine nur scheinbare mit Rücksicht auf die rechtliche Natur des Rückgewähranspruchs.

Denn auch der Rückgewähranspruch der Gläubigerschaft, die zweite Voraussetzung der Widerspruchsklage, erfüllt nicht die Erfordernisse des § 771. Als gewöhnliches Forderungsrecht würde er nach den früheren Ausführungen nur dann zur Begründung der Widerspruchsklage geeignet sein, wenn er auf Rückgewähr einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache ginge. Der Anfechtungsanspruch aber stellt das Eigentum des Vollstreckungsschuldners garnicht in Frage. Er hat es nicht mit dem Veräußerer, sondern lediglich mit dem Erwerber zu tun. Deshalb kann er, ganz abgesehen vom Zeitpunkt seiner Entstehung, als veräußerunghinderndes Recht überhaupt nur bezüglich des Vollstreckungsgläubigers in Betracht gezogen werden. Und auch dieser hat den Anfechtungsgegenstand nicht zurückzugewähren, weil er ihm nicht gehört, sondern obwohl er ihm gehört. Der anfechtende Konkursverwalter erkennt an,

daß der Erwerb des Vollstreckungspfandrechts durch den Anfechtungsgegner durchaus rechtsgültig erfolgt sei und fordert lediglich im Interesse der Befriedigung der Gläubigerschaft traditive Rückgewähr. Die Voraussetzungen des Widerspruchsrechts sind im Anfechtungsanspruch gerade in ihr Gegenteil verkehrt: Der Intervenient fordert nicht restitutive Rückgewähr vom Vollstreckungsschuldner, sondern traditive Rückgewähr vom Vollstreckungsgläubiger.

Zwar liegt tatsächlich eine gewisse Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks vor, aber nicht i. S. des § 771 zu dem von der Einzelvollstreckung ergriffenen Vermögen, nicht gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger, sondern zu dem der Konkursvollstreckung unterliegenden Vermögen, gegenüber dem Intervenienten. Die von § 771 vorausgesetzte Nichtzugehörigkeit beruht auf dem Widerspruchsrecht; hier aber beruht sie auf dem Vollstreckungspfandrecht, sie ist Voraussetzung und nicht Folge des Anfechtungsrechts. Durch die Pfändung ist das Pfandstück aus dem zur gemeinschaftlichen Befriedigung der lediglich forderungsberechtigten Gläubiger dienenden freien Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden. Der anfechtende Konkursverwalter will nicht die Sache aus dem Schuldnervermögen ausscheiden, als hätte sie auf Grund des Anfechtungsrechts zu diesem zur Zeit der Pfändung nicht gehört. Er will sie vielmehr wieder hineinziehen, weil sie in wirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise nicht mehr dazu gehört. Zwar fordert der im Zwangsweg zu realisierende Konkursanspruch der Gläubigerschaft ebenfalls Ausscheidung der Sache aus dem Schuldnervermögen zum Zweck ihrer Befriedigung. Das Anfechtungsrecht selbst aber hat als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks lediglich die Tendenz, vollstreckbares Vermögen herbeizuschaffen. Es will die durch das Vollstreckungspfandrecht gegebene Nichtzugehörigkeit der Sache zum frei verfügbaren Schuldnervermögen nicht gegenüber der Zwangsvollstreckung aufrecht erhalten, schützen und durchsetzen, sondern sie als dem Intervenienten nachteilig beseitigen. Die im Fall des § 771 kollidierenden Rechte von Vollstreckungsgläubiger und Inter-

venient sind beide auf Ausscheidung des Pfandstücks aus dem Schuldnervermögen gerichtet. Das Vollstreckungspfandrecht wird als Folge der Zugehörigkeit, das Widerspruchsrecht aber als Voraussetzung der Nichtzugehörigkeit geltend gemacht; der Pfandgläubiger beansprucht das Pfandstück zum Zweck der Versilberung für sich, weil es zum Vermögen des Schuldners gehöre, der Intervenient beansprucht es für sich, weil es auf Grund seines Rechts nicht dazu gehöre. Bei Anfechtung einer Pfändung dagegen steht dem ausscheidenden Recht des Pfandgläubigers das zurückführende des Intervenienten gegenüber, nicht als Voraussetzung, sondern als Folge der Nichtzugehörigkeit; die beiden Rechte haben nicht die gleiche, sondern die entgegengesetzte Tendenz und sind deshalb rechtlich mit einander durchaus vereinbar. Konstruiert man also wirklich eine Nichtzugehörigkeit des Anfechtungsgegenstands zum freien Schuldnervermögen, so entspricht diese doch nicht den Voraussetzungen des § 771. Der anfechtungsberechtigte Konkursverwalter will der Vollstreckung nicht dadurch entgegentreten, daß er sich auf die Nichtzugehörigkeit stützt, sondern dadurch, daß er sie rügt und Zugehörigkeit behauptet oder wenigstens erstrebt. Indem er aber für den Zeitpunkt der Pfändung Zugehörigkeit behauptet, um daraus die Verkürzung des dem Gläubigerzugriff unterworfenen Vermögens zu begründen, widerlegt er selbst die angebliche Unrechtmäßigkeit der Pfändung. Die Widerspruchsklage steht ihm daher nicht zu Gebote.[1])

Zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt Sohm. Er erkennt zwar ebenfalls an, daß das gegen eine Pfändung sich richtende Anfechtungsrecht die Widerspruchsklage des § 771 nicht begründen kann, da es nur das Pfändungspfandrecht und nicht

1) So ausführlich L. Seuffert Widerspr.-Kl.; derf. zu § 771 Z. P. O. Anm. 2 c; Jäger Anm. 17 zu § 29 K. O., vgl. auch Anm. 23 zu § 1 Anf.-Ges.; Langheineken Anspruch S. 120; Schrutka II S. 26 ff; Planck Zivilprozeßrecht § 179 N. 45; Voss Zeitschr. f. Vollstr. Wiss. Bd. 8 S. 165 ff.; Wolff Z. Bd. 36 S. 185; für die Obl.-Lehre auch Hellwig Anf.-Recht S. 475.

auch das Eigentum an der Sache betrifft.[1]) Nach seiner Ansicht aber sind die Fälle der Widerspruchsklage im Gesetz nicht abschließend aufgezählt, vielmehr kann die Widerspruchsklage in allen den Fällen erhoben werden, in denen die Zwangsvollstreckung trotz zu Recht bestehenden Vollstreckungsanspruchs und zu Recht erteilter Vollstreckungsklausel und trotz fehlerfreier Art und Weise der Zwangsvollstreckung unzulässig ist.[2]) Zu diesen Fällen rechnet er die Anfechtungsklage mit folgender Begründung: „Wenn der Konkursverwalter (oder außerhalb des Konkurses der einzelne Gläubiger) einen Vollstreckungsakt als relativ unwirksam anficht, was bedeutet das anders als Geltendmachung der den Konkursgläubigern oder den einzelnen Gläubigern gegenüber bestehenden Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Wir stehen daher nicht an, die Anfechtungsklage in diesem Falle für eine Widerspruchsklage zu erklären.“[3]) Diesem Ergebnis kann nicht beigetreten werden. Es liegt kein Grund vor, das Anwendungsgebiet der Widerspruchsklage in dieser Weise ins Ungemessene zu erweitern. Die von Sohm ihrer Anwendbarkeit zu Grunde gelegte „Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung“ ist in so allgemeiner Fassung ein völlig farbloser Begriff. Es müßte zunächst gesagt werden, unter welchen Voraussetzungen denn die Zwangsvollstreckung „unzulässig“ ist, was unter Unzulässigkeit der Vollstreckung zu verstehen ist; denn sonst entbehrt diese Lehre gänzlich der sicheren rechtlichen Grundlage und praktischen Verwertbarkeit. Bei Anfechtbarkeit einer Pfändung aber liegt unter keinen Umständen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung vor. Das Pfandrecht ist weder von vornherein ungültig, noch wird ihm nach der Obligationslehre seine Gültigkeit nachträglich entzogen. Der Vollstreckung haftet mithin keinerlei rechtlicher Mangel an. Es soll nur das Pfandrecht kraft obligatorischer Verbindlichkeit des Vollstreckungsgläubigers nicht zu seiner Befriedigung, sondern zu der des Anfechtungsgläubigers oder der Konkursgläubigerschaft

1) a. a. O. S. 91/92.
2) a. a. O. S. 149/150.
3) a. a. O. S. 164.

verwendet werden. Daher liegt, wenn überhaupt von einer Unzuverlässigkeit der Zwangsvollstreckung gesprochen werden kann, dieselbe doch lediglich auf wirtschaftlichem Gebiete.

§ 14.

Im schroffen Gegensatz zu dieser Ansicht hält das R. G. und zahlreiche Anhänger der Obligationslehre die Widerspruchsklage auf Grund der Anfechtung einer Pfändung für zulässig. Die Gegner in der Literatur, auf die wir zunächst eingehen, teilen sich nach der Art ihrer Begründung wiederum in zwei Gruppen. Auf der einen Seite stehen Petersen-Anger, Wilmowski-Kurlbaum und Hellmann, auf der anderen Weismann und Kohler.

Petersen-Anger[1]) argumentiert folgendermaßen: „Die Frage ist zu bejahen, weil die Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgewähr darauf beruht, daß das ihm gegen den Schuldner zustehende Recht den Gläubigern gegenüber unwirksam ist, er sonach dem Konkursverwalter sowie dem anfechtenden Gläubiger gegenüber zur zwangsweisen Veräußerung der gepfändeten Sache nicht befugt ist. Es verhält sich nicht so, wie bei den gewöhnlichen Klagen auf Leistung, sondern wie bei den Ansprüchen auf Herausgabe eines nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Gegenstandes. Die gepfändete Sache soll eben nicht zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers, sondern zu derjenigen der Konkursgläubiger oder des die Pfändung anfechtenden Gläubigers verwendet werden."

Wilmowski-Kurlbaum[2]) bejaht ebenfalls die Zulässigkeit der Widerspruchsklage: „Als Vertreter der Gläubiger hat der Konkursverwalter nach § 771 zu verfahren . . . Andrerseits wird auch durch die Anfechtung einer Pfändung ein Recht geltend gemacht, das dem vom pfändenden Gläubiger beanspruchten Recht, als Absonderungsberechtigter veräußern zu dürfen, entgegensteht, weil es die Ausschließung dieses Rechts verlangt."

1) a. a. O. 6. e zu § 771.
2) a a. O. Anm. 16 zu § 29 K. O.

Von der Hellmannschen Begründung endlich, die bereits oben im Zusammenhang angeführt wurde, sei hier noch einmal der auf diesen Fall sich beziehende Passus wiedergegeben: „Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage muß man trotzdem zugeben. Denn der Anfechtungsgegner soll doch verpflichtet sein, auf die Vollstreckungshandlung sich den Gläubigern gegenüber nicht zu berufen, sich der Ausübung des dadurch erlangten Rechts zu enthalten. Mehr ist zur Begründung der Widerspruchsklage nicht erforderlich." [1])

Diese Ansichten gehen alle richtig von der veräußerungshindernden Kraft des Widerspruchsrechts aus. In irriger Auslegung dieses Begriffes aber sehen sie die Voraussetzung durch die Bindung der Verfügungsmacht des Vollstreckungsgläubigers erfüllt, während sie in der Person des Exequendus gegeben sein muß. Daß ein ausschließlich gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichtetes Recht zur Begründung der Widerspruchsklage nicht geeignet ist, wurde oben des Näheren dargetan. Zudem ist die geforderte Rückgewähr eine lediglich traditive. Demgegenüber stellt zwar Petersen-Anger den Anfechtungsanspruch mit den Ansprüchen auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Sache auf eine Stufe. Er übersieht aber dabei, daß der anfechtbare Erwerb des Vollstreckungsgläubers auch nicht das Eigentum am Pfandstück, sondern lediglich das Pfändungspfandrecht ist. Das Pfandstück gehört zweifellos ihm nicht; die Eigentumsfrage wird durch das Anfechtungsrecht unmittelbar nicht berührt. Der Anfechtungsanspruch geht auf Rückgewähr nicht der Sache selbst, weil sie dem Vollstreckungsgläubiger nicht gehört — ein ganz überflüssiges Begehren, wenn sie sich im Besitz des Verwalters befindet —, sondern lediglich des Pfändungspfandrechts durch Freigabe der Sache; und diese Rückgewähr ist in der Tat eine nur traditive. Dem geben Hellmann und Wilmowski anscheinend Ausdruck durch die Wendung „soll verpflichtet sein" und „Ausschließung dieses Rechts verlangt". Selbst wenn

1) a. a. O. S. 366 Nr. 5.

aber die Rückgewähr restitutiv wäre, so würde doch durch diesen Anspruch der Verfügungsmacht des Schuldners zur Zeit der Pfändung keine Schranke gezogen sein; auch dann wäre dem Erfordernis des § 771 nicht genügt.

Weismann[1]) äußert sich dahin: „Die Anfechtung einer Rechtshandlung als einer den Gläubiger benachteiligenden begründet einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr, also einen Verschaffungsanspruch, und ein solcher ist für die Widerspruchsklage nicht geeignet. Ist es aber die Zwangsvollstreckung selbst, die als auf Sicherung oder Befriedigung gerichtete Handlung (§ 30 K. O.) der Anfechtung im Konkurs unterliegt, so ist sie um deswillen den Konkursgläubigern gegenüber eine materiell unberechtigte und kann folglich vom Konkursverwalter mit der Widerspruchsklage abgewehrt werden." Diese Begründung geht trotz ihrer Kürze doch am tiefsten auf das Wesen der Widerspruchsklage ein, indem sie als deren Voraussetzung die Unrechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung bezeichnet. Sie sagt aber andrerseits nicht, worauf denn die Unrechtmäßigkeit der anfechtbaren Vollstreckungshandlung beruht, ob auf Verletzung des Anfechtungsrechts oder eines andern Rechts, oder ob sie aus anderen Gründen gegeben ist. Die anfechtbare Pfändung aber ist, wie oben dargelegt wurde, keine rechtswidrige, sondern eine nur unwirtschaftliche, rechtlich aber durchaus gültige. Das Anfechtungsrecht erweist gerade durch seine Existenz die rechtliche Gültigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung. Würde doch sonst dieses Ausgleichsrecht der Gläubiger entbehrlich sein durch die Möglichkeit, das durch die Benachteiligungshandlung beeinträchtigte Recht geltend zu machen und so die Schmälerung des Schuldnervermögens zu verhindern.

Ganz ähnlich argumentiert Kohler:[2]) „Wird daher ein Pfandrecht, sei es Vertragspfandrecht, sei es ein ähnliches Pfandrecht, angefochten, so hat die Anfechtung nicht die Bedeutung, daß das Pfandrecht als nichtig betrachtet wird, sondern daß der Pfandberechtigte obligationsrechtlich gebunden

1) a. a. O. Bd. II S. 106.
2) Leitf. S. 137.

ist, das Pfandrecht zurückzuübertragen. Trotzdem aber gilt folgendes: Für die Anfechtung eines Pfändungspfandrechts ist der Gerichtsstand des § 771 Z. P. O. als ausschließlicher Gerichtsstand gegeben; denn die Widerspruchsklage setzt nicht ein dingliches Recht des Klägers voraus, sie findet auch dann statt, wenn der Kläger einen obligationsrechtlichen Anspruch hat, der dahin zielt, daß die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung als widerrechtlich unterbleiben soll." Auch Kohler geht von der Widerrechtlichkeit der Vollstreckung aus. Er verkennt offenbar nicht, daß bei der obligationsrechtlichen Bindung des Pfandgläubigers eine materielle Rechtswidrigkeit der Pfändung, wie sie Weismann annimmt, nicht vorliegt. Ist aber die Pfändung selbst nicht rechtswidrig, so kann auch ihrer Fortsetzung im Wege des § 771 nicht widersprochen werden; diese „soll" nur unterbleiben, nicht jedoch als widerrechtlich, sondern lediglich wegen der darin liegenden Benachteiligung der Gläubiger auf Grund obligatorischer Verpflichtung des Pfandgläubigers. Beide Begriffe schließen einander aus.

Weismann sowohl wie Kohler legen offenbar das Hauptgewicht auf die Tatsache, daß die Gläubiger sich die Beeinträchtigung ihrer Befriedigung nicht gefallen zu lassen brauchen, daß ihnen der anfechtbaren Rechtshandlung, d. i. der Pfändung gegenüber ein Rechtsbehelf gegeben ist. In der Anfechtbarkeit der Vollstreckung — den Begriff der Anfechtbarkeit im weiteren Sinne gefaßt — sehen sie ein Zeichen ihrer Unrechtmäßigkeit. Die Widerspruchsklage aber ist nicht schon dann gegeben, wenn eine Reaktion gegen die Vollstreckung in irgend einer Form erfolgt. Die Pfändung ist vielmehr ebenso wie jede andere Rechtshandlung nur dann unrechtmäßig, wenn diese Reaktion auf einer Rechtsverletzung beruht, den Übergriff der Rechtshandlung in eine fremde Rechtssphäre geltend macht. Ein Recht der Gläubigerschaft ist durch die Pfändung nicht in diesem strengen Sinne verletzt; sie gefährdet lediglich das Interesse der Gläubiger an möglichst vollständiger Befriedigung aus dem Schuldnervermögen.

Das starre Festhalten der Gegner an ihrer Ansicht läßt sich u. E. nur erklären durch eine zu weitgehende Auslegung des § 771 auf Grund der Verwechselung zweier verschiedener Begriffe, nämlich der veräußerunghindernden und der die nachteiligen Wirkungen einer rechtsgültigen Veräußerung abschwächenden und entkräftenden Rechte. Man könnte den zugespitzten, wenngleich nicht völlig zutreffenden Ausdruck gebrauchen „veräußerung-lindernde" gegenüber den veräußerunghindernden Rechten. Die Gegenansicht legt das Schwergewicht auf die wirtschaftliche Bedeutung anstatt auf die rechtliche Struktur des Anfechtungsrechts und erklärt die Widerspruchsklage bei jedem der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden Recht, wie Wilmowski sagt, für zulässig. Ob diese Auffassung in ihrem praktischen Ergebnis gerechtfertigt ist, mag zunächst dahingestellt bleiben. In ihrer Konstruktion aber widerspricht sie völlig dem Wortlaut und dem Sinn des § 771. Dem Wortlaut insofern, als veräußerunghindernde Rechte notwendig der Veräußerung präexistent sein, vorbeugende Kraft besitzen müssen. Dem Sinn andererseits dadurch, daß § 771 Übergriffe der Vollstreckung vermeiden will, das Anfechtungsrecht aber die Gültigkeit der Pfändung durchaus anerkennt und lediglich ihre den Gläubigern nachteiligen Folgen beseitigen will. Zweifellos sind Hinderung und Entkräftung verwandte Begriffe, doch lassen sie sich keineswegs identifizieren. Beide verhüten Rechtsnachteile, die Hinderung jedoch bereits den Eintritt, die Vornahme der gefährdenden Handlung, die Entkräftung dagegen erst die schädigenden Folgen der rechtsgültig erfolgten Handlung. Mag sich die Gegenansicht der Verschiedenheit dieser beiden Begriffe bewußt sein oder nicht, sie kann in keinem Fall die Anwendbarkeit des § 771 auf das Anfechtungsrecht genügend erklären. Denn wenn sie den Unterschied erkennt und doch die Widerspruchsklage auf das Anfechtungsrecht stützen zu können glaubt, so spricht sie damit aus, daß diese Klage ganz allgemein durch jedes gegen die Zwangsvollstreckung geltend zu machende Recht begründet wird, sei es, daß der Intervenient einen „Übergriff" der Voll-

ſtreckung im techniſchen Sinn rügt, oder daß er überhaupt irgend ein Recht gegenüber der Vollſtreckung geltend macht, ohne Rückſicht darauf, ob es im Zeitpunkt der Pfändung bereits beſtand oder nicht.[1]) Die geſetzliche Grundlage der Widerſpruchsklage aber iſt durch dieſe ausdehnende Auslegung verſchoben. Sie wird damit zu einem ganz farbloſen und allgemeinen Rechtsbehelf gegenüber der Zwangsvollſtreckung herabgedrückt und würde in einer ſolchen vielſeitigen Verwendbarkeit die Sicherheit des Vollſtreckungsgläubigers erheblich gefährden. Es bedarf aber einer ſo weitgehenden Auslegung garnicht, denn neben § 771 bieten ſich dem gefährdeten Dritten noch eine Reihe anderer Möglichkeiten, der Vollſtreckung entgegenzutreten. Die Stellung des anfechtungsberechtigten Konkursverwalters nach dieſer Richtung hin wird ſpäter noch erörtert werden.

§ 15.

Wir kommen nunmehr zu der Anſicht des Reichsgerichts, die wiederholt ausführlich dargelegt und begründet worden iſt.[2]) In erſter Linie ſind die Entſcheidungen von 1893 und 1901 heranzuziehen, da ſie die Stellung des R. G. am beſten kennzeichnen. Sie erfordern jedoch eine getrennte Behandlung mit Rückſicht darauf, daß die jüngere von einem weſentlich anderen Geſichtspunkt ausgeht als die ältere.

Die Entſcheidung von 1893 ſteht im weſentlichen auf demſelben Standpunkt, den Wilmowski, Petersen-Anger und Hellmann einnehmen. Sie lehnt für den Fall der Anfechtung einer vom Gemeinſchuldner vorgenommenen und durch Übergabe vollzogenen Veräußerung die Widerſpruchklage ab und fährt dann fort: „Weſentlich anders liegt es bei Anfechtung

---

1) In dieſem Sinne Caſſel v. 21. 3. 07 O. L. G. 15 S. 5.

2) R. G. v. 3. 11. 80 Seuff. Arch. 36 Nr. 169; Bd. 18 S. 393; v. 16. 1. 90 J. W. 90 S. 68 Nr. 3; Bd. 30. S. 397; v. 1. 5. 93 Gruch Bd. 38 S. 180; v. 24. 1. 94 J. W. 94 S. 122 Nr. 18; v. 18. 6. 94 J. W. 94 S. 427 Nr. 24; v. 14. 2. 95 J. W. 95 S. 202 Nr. 15; Bd. 40 S. 372; v. 17. 6. 98 J. W. 98 S. 478 Nr. 12; v. 26. 3. 01 J. W. S. 330 Nr. 113; vgl. ferner O. L. G. Dresden Sächſ. Arch. 7. 227, 8. 762.

einer Pfändung. Mit der Anfechtungsklage bezweckt hier der Konkursverwalter, der Konkursmasse die gepfändeten Sachen zu erhalten und deren Veräußerung zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers zu verhindern, indem er geltend macht, daß das vom Gläubiger erworbene Pfandrecht den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sei und daß demzufolge dem Gläubiger ein Absonderungsrecht an den infolge der Konkurseröffnung zur Konkursmasse gelangten Pfandstücken nicht zustehe. Indem der Verwalter die gepfändeten Sachen als zur Konkursmasse gehörig bezeichnet, nimmt er für die Masse ein „Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung" in Anspruch, und zwar ein Recht, welches nach seiner Behauptung mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 22 K. O. die Veräußerung für den Anfechtungsgegner hindert."

Nach dieser Entscheidung könnte zunächst fraglich sein, ob der Verwalter überhaupt Dritter für den Interventionsprozeß ist; wenn er „für die Masse" ein Recht in Anspruch nimmt, so liegt die Vermutung nahe, daß der Gemeinschuldner als das von ihm vertretene Rechtssubjekt zu denken und er deshalb nicht Dritter sei. Das Bedenken erledigt sich jedoch durch die in dieser Richtung feststehende Rechtsprechung des R. G., wonach der Verwalter in Ausübung des Anfechtungsrechts als Dritter i. S. des § 771 anzusehen ist. Das R. G. betrachtet hier offenbar die Masse weniger unter dem Gesichtspunkt des Schuldnervermögens als der Befriedigungssphäre der Gläubigerschaft und gelangt so dazu, das Anfechtungsrecht als ein Recht der Masse zu bezeichnen.

Bezüglich der Begründung der Widerspruchsklage selbst geht das R. G. von dem Gegensatz zwischen Anfechtung einer Veräußerungshandlung und einer Pfändung aus und stellt fest, daß im letzteren Fall die Rechtslage wesentlich anders ist. Diese Veränderung aber liegt nicht, wie R. G. annimmt, in der Richtung der Zulässigkeit, sondern der Unzulässigkeit der Widerspruchsklage. § 771 ist jetzt noch weniger anwendbar als in Fall I. Das R. G. selbst verneint durch die von ihm gegebene Begründung die Voraussetzungen der Widerspruchs-

klage. Das Pfandstück soll der Masse „erhalten" werden; der Konkursverwalter will also seine Zugehörigkeit zum Vermögen des Gemeinschuldners aufrecht erhalten, anstatt die Nichtzugehörigkeit geltend zu machen. Diese Aufrechterhaltung ist aber im Grunde eine Wiederherstellung der Befriedigungsmöglichkeit. Der Anfechtungsgegenstand gehört zwar noch zur Konkursmasse. Er ist jedoch nicht mehr für die Befriedigung der anfechtenden, nur persönlich berechtigten Konkursgläubigerschaft bestimmt und verwendbar, sondern kraft Absonderungrechts der Spezialbefriedigung des berechtigten Gläubigers vorbehalten. Aus der Befriedigungssphäre der nur obligatorisch berechtigten Gläubiger, deren Interesse ja in erster Linie durch die Anfechtung wahrgenommen wird, ist der Gegenstand bereits mit der anfechtbaren exekutiven Beschlagnahme ausgeschieden. Vom Standpunkt dieser Gläubiger aus soll er daher nicht der Masse erhalten, vielmehr kraft obligatorischer Rückgewährpflicht des Erwerbers in sie zurückgeführt werden. Ob Eigentum oder nur ein dingliches Recht zurückübertragen werden soll, kann für die persönlichen Gläubiger einen prinzipiellen Unterschied nicht begründen. Handelte es sich wirklich um Erhaltung des Gegenstandes im freien, dem allgemeinen Gläubigerzugriff unterworfenen Vermögen des Schuldners, so würde die Anfechtung begrifflich nicht gegeben sein, da sie eine erfolgte und nicht eine drohende Verkürzung der Gläubiger voraussetzt. Dann wäre von einer Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen überhaupt keine Rede. Mit Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes aber ist der Gläubigerschaft nicht gedient; es gilt für sie, die durch die Pfändung herbeigeführte Verkürzung ihrer Befriedigung wieder zu beseitigen. Sie rügt die Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum frei verfügbaren, nach Konkurseröffnung der gemeinsamen Gläubigerbefriedigung bestimmten Schuldnervermögen und behauptet damit für den Zeitpunkt der Pfändung die entsprechende Zugehörigkeit.

Auch der Rückgewähranspruch i. S. des § 771 ist nicht gegeben. Das R. G. selbst erklärt das Anfechtungsrecht für

„ein Recht, welches die Veräußerung für den Anfechtungsgegner hindert". Es begeht damit denselben Fehler wie Wilmowski und Petersen-Anger, indem es übersieht, daß die Veräußerung für den Vollstreckungsschuldner und nicht für den Vollstreckungsgläubiger gehindert werden muß. Die Pfändung ist „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam". Allerdings, aber diese Unwirksamkeit ist nicht sekundäre Folge, sondern ausschließlicher Inhalt des angeblichen Widerspruchsrechts. Zweifellos ist bei der Widerspruchsklage die Verfügungsmacht auch des Vollstreckungsgläubigers gehindert, jedoch nur mittelbar, infolge der auf dem Widerspruchsrecht beruhenden mangelnden Verfügungsmacht des Exequendus und der dadurch bewirkten Nichtigkeit des Pfändungspfandrechts. Insofern ist richtig der Zweck des Widerspruchsrechts dahin angegeben, die Veräußerung der gepfändeten Sache zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers zu verhindern. Das Anfechtungsrecht aber richtet sich nach der ausdrücklichen Hervorhebung durch das R. G. ausschließlich gegen den Vollstreckungsgläubiger. Daher kann aus dieser seiner Wirkung, die zu alledem nur eine traditive Rückgewährverbindlichkeit bedeutet, die Zulässigkeit der Widerspruchsklage nicht gefolgert werden.

Wenn das R. G. wirklich im Anfechtungsrecht trotz seiner obligatorischen Natur „ein die Veräußerung für den Anfechtungsgegner hinderndes Recht" erblickt, so müßte es folgerichtig die Widerspruchsklage im Fall I und nicht im Fall II zulassen. Der Anfechtungsanspruch würde dann nicht nur die formellen, sondern als veräußerunghinderndes Recht auch die sachlichen Voraussetzungen des § 771 erfüllen.

Gegenüber dieser Entscheidung geht die jüngere von 1901 von einem tiefer begründeten Gesichtspunkt aus. Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage wird hier folgendermaßen gerechtfertigt: „Im Gegensatz zu den Ausführungen des B. R., welcher annimmt, daß der Konkursverwalter bei Geltendmachung des Anfechtungsrechts einen rein persönlichen Anspruch verfolge, hat das R. G. schon wiederholt ausgesprochen, daß es ein gegen Dritte wirkendes Recht am Gegenstand der Zwangsvoll

streckung ist, in welches die nach dem Gesetz als anfechtbar zu erachtende Pfändung eingreift. Von dieser Ansicht abzugehen, liegt kein Anlaß vor, zumal da sie auch der in der Doktrin vorherrschenden Meinung entspricht. Die Konkursmasse gehört zwar den Gläubigern nicht, aber diese haben doch ein Recht auf Abwehr der sie benachteiligenden Rechtshandlungen in dem aus § 30 K. O. sich ergebenden Umfang. Sie können Wiedererstattung dessen verlangen, was der Masse entzogen worden ist, und brauchen es daher namentlich nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn der Schuldner eine Sache verpfändet oder einer seiner Gläubiger das Pfandrecht im Vollstreckungsverfahren erzwungen hat. Ihnen gegenüber hatte also der Schuldner wegen seiner Zahlungsunfähigkeit nicht mehr die freie Verfügung über den Gegenstand."

Hier werden die Voraussetzungen des § 771 durchaus richtig bestimmt: Der Intervenient macht ein Recht geltend, welches die freie Verfügung des Schuldners über den Gegenstand hindert, in welches die Pfändung. dieses Gegenstandes eingreift. Das R. G. legt, dem Wesen der Widerspruchsklage entsprechend, das Schwergewicht des Widerspruchsrechts hier auf seine Bedeutung nicht für die Realisierung, sondern für die Begründung des Vollstreckungspfandrechts. Es genügt nicht, daß das Widerspruchsrecht die Veräußerung für den Vollstreckungsgläubiger hindert. Das R. G. erfordert jetzt vielmehr richtig die Hinderung der Verfügungsmacht des Exequendus, und zwar zur Zeit der Pfändung, da sonst ein „Eingriff" der Vollstreckung in dieses Recht nicht zu konstruieren ist.

Besitzen die Konkursgläubiger ein solches Recht, so steht ihnen zweifellos der Weg des § 771 gegenüber der anfechtbaren Pfändung zu. Es fragt sich aber, ob denn das Anfechtungsrecht diese Voraussetzungen erfüllt. Ein Eingriff der Vollstreckung in dieses erst mit der Pfändung entstehende Recht kann nach den früheren Ausführungen nur so gedacht werden, daß das Anfechtungsrecht gegen die Vollstreckung reagiert und ihre der Gläubigerschaft nachteilige Wirkung aufzuheben sucht.

Der Schwerpunkt des Widerspruchsrechts würde damit entgegen dem Gedanken des § 771 von seiner Bedeutung für die Grundlage der Vollstreckung, die Pfändung, auf sein Verhältnis zur Fortführung der Vollstreckung, seine Tendenz gegenüber der zwangsweisen Veräußerung der Sache verlegt. Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß das R. G. bei der klaren Formulierung der jetzt behandelten Entscheidung, in der es ausdrücklich die formellen Voraussetzungen des Widerspruchsrechts bezüglich des Zeitpunkts seiner Entstehung und der Person des Verpflichteten hervorhebt, das Fehlen dieser Voraussetzungen bei dem Anfechtungsrecht übersehen hat.

Vom Standpunkt des R. G. muß somit ein anderes Recht als durch die anfechtbare Pfändung beeinträchtigt und deshalb zur Begründung der Widerspruchsklage geeignet gedacht werden. Nach der Begründung der vorliegenden Entscheidung kann dieses Recht nur der Konkursanspruch i. S. der Motive sein. „Das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen erzeugen für den Gläubiger den rechtlichen Anspruch, daß nun das gesamte Vermögen zur gesetzlich geregelten Verteilung unter die sämtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde.“ [1]) Hieraus wird dann eine rechtliche Gemeinschaft, eine communio incidens der Konkursgläubiger abgeleitet. Mit Recht aber ist diese Konstruktion von der Litteratur abgelehnt. Denn durch die Vorzeichen der Konkurseröffnung entsteht nicht ein selbständiger Konkursanspruch der Gläubiger. Vielmehr ist dieses Recht „nichts anderes als das Forderungsrecht selbst in der durch die Konkurslage gebotenen wechselseitigen Gläubigerbeschränkung“.[2]) Stellt man sich aber auf den Standpunkt der Motive, wie es das R. G. offenbar tut, so ergibt sich aus dem Konkursanspruch, dem Anspruch auf Aufbietung des gesamten, wenn auch unzulänglichen Schuldner-

1) Motive z. K. O. S. 14 f., vgl. ferner S. 18, 330 f. (Hahn S. 44, 47, 300).

2) Jäger Anm. 43 zu § 3 K. O.; Hellmann Lehrb. S. 623 f.; Fitting § 4 Note 7.

vermögens zur anteiligen Befriedigung der Gläubiger, das „Recht auf Abwehr der sie benachteiligenden Rechtshandlungen in dem aus § 30 K. O. sich ergebenden Umfang". Dieser Anspruch ist es offenbar, dem das R. G. — bewußt oder unbewußt — die Erfordernisse des Widerspruchsrechts zuschreibt: Er hindert die freie Verfügung des Schuldners, da dessen Verfügungshandlungen von den Gläubigern „abgewehrt" werden können. Nun ist zwar der Konkursanspruch als mit dem kritischen Zeitpunkt des § 30 K. O. entstehend der Pfändung präexistent. Er ist aber lediglich ein Forderungsrecht gegen den Schuldner und bindet dessen Verfügungsmacht nur insofern, als die benachteiligenden Rechtshandlungen, an sich gültig, in ihren schädigenden Folgen aufgehoben werden. Der Konkursanspruch und das aus seiner Beeinträchtigung sich ergebende Recht auf Abwehr beruht gerade auf der Zugehörigkeit des Pfandstücks zum rechtlich frei verfügbaren Schuldnervermögen im Zeitpunkt der Pfändung. Die Notwendigkeit der Anfechtung zeigt, daß der Gegenstand nicht gepfändet werden sollte, während er nach der Ansicht des R. G. nicht gepfändet werden konnte.

Wenn aber das R. G. einen Übergriff der Vollstreckung konstruiert, so kann ein solcher nur auf Grund des Konkursanspruchs und nicht des Anfechtungsrechts als gegeben erachtet werden. Dann muß jedoch folgerichtig auch der Konkursanspruch als Widerspruchsrecht geltend gemacht werden. Diese Folgerung zieht das R. G. nicht, obwohl es ausdrücklich hervorhebt, der Schuldner habe „wegen seiner Zahlungsunfähigkeit" nicht die freie Verfügung über den Gegenstand und damit offenbar die Bindung der Verfügungsmacht in der besonderen Konkurslage, im Konkursanspruch der Gläubigerschaft begründet sieht. Es spricht stets nur vom Anfechtungsrecht als der Grundlage der Widerspruchsklage. Soll überhaupt eine Erklärung seiner Argumentation gefunden werden, so kann sie nur in einer fälschlichen, dem R. G. anscheinend unbewußten Identifizierung von Konkursanspruch und Anfechtungsrecht liegen. Diese beiden Rechte aber sind keineswegs identisch,

wenngleich sich ein enger Zusammenhang zwischen ihnen nicht leugnen läßt. Der Anfechtungsanspruch ist ein Hülfsmittel zur Durchsetzung des Konkursanspruchs; er entsteht als ein Surrogatrecht bei Gefährdung der Verwirklichung dieses Anspruchs und könnte höchstens als dessen Tochterrecht, jedoch nie als Funktion des Anspruchs aufgefaßt werden. Eine Identität kann zwischen dem gegen den Schuldner gerichteten Konkurs- und dem gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichteten Anfechtungsanspruch nicht bestehen. Der erstere will das Vermögen des Schuldners zur Gläubigerbefriedigung aufbieten, die Konkursmasse zu diesem Zwecke aufteilen; der letztere will die Konkursmasse verstärken, Vermögenswerte in sie zurückführen. Der Konkursanspruch ist Voraussetzung der Entstehung des Anfechtungsanspruchs; dieser ist aber ein selbständiges Recht und nicht Funktion des Konkursanspruchs, wie R. G. durch die Wendung „ein gegen Dritte wirkendes Recht" anzudeuten scheint. Es kann also nicht der Konkursanspruch als durch die Pfändung beeinträchtigt gedacht und gleichwohl das Anfechtungsrecht als Widerspruchsrecht geltend gemacht werden. Hält das R. G. an der richtigen Ansicht fest, daß die Widerspruchsklage auf dasjenige Recht gestützt werden muß, aus welchem sich die Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum frei verfügbaren Schuldnervermögen ergibt, so muß folgerichtig auch der Konkursanspruch bei Anfechtung einer Pfändung als Widerspruchsrecht geltend gemacht werden. Das ausschließlich gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichtete Anfechtungsrecht ist ohnehin für die Verfügungsmacht des Exequendus ohne Bedeutung. Andererseits erfüllt der Konkursanspruch zwar die formellen Voraussetzungen des Widerspruchsrechts. Die materiellen Erfordernisse der Widerspruchsklage aber sind auch in ihm nicht gegeben, weder die Nichtzugehörigkeit i. S. des § 771, noch ein restitutiver Rückgewähranspruch. Das R. G. mag also den Konkursanspruch als geeignetes Widerspruchsrecht ansehen und das Anfechtungsrecht ausschalten, oder es mag sich der sonst vertretenen zu weit gehenden Auslegung des § 771 dahin anschließen, daß jedes Reaktionsrecht

gegenüber der Zwangsvollstreckung unter § 771 fällt, in beiden Fällen erscheint seine Auffassung bei folgerichtiger Durchführung der Obligationslehre unhaltbar.

§ 16.

Die Dinglichkeitslehre führte im Fall I zur Anwendung des § 771 auf das Anfechtungsrecht. Ihre Anhänger bejahen auch für den jetzt zu behandelnden Fall das Anfechtungsrecht als Grundlage der Widerspruchsklage, soweit sie zu dieser Frage Stellung nehmen,[1]) mit Ausnahme von Wolff[2]) und Gaze,[3]) die ihre ablehnende Haltung damit begründen, daß der Konkursverwalter im Interventionsprozeß nicht Dritter sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden; im Gegensatz zu Fall I ist die Widerspruchsklage hier nicht begründet.[4])

Die Unanwendbarkeit des § 771 ergibt sich bereits aus dem Mangel der formellen Voraussetzungen. In dieser Beziehung besteht zwischen Obligations- und Dinglichkeitslehre kein Unterschied. Das Anfechtungsrecht entsteht erst mit Vornahme der anfechtbaren Pfändung. Es hindert diese Rechtshandlung nicht, begründet nicht von vornherein deren Unrechtmäßigkeit, sondern macht sie erst durch Abgabe der Anfechtungserklärung nichtig. Andrerseits richtet es sich ausschließlich gegen den Vollstreckungsgläubiger und kann deshalb auch bei Vernichtung des Pfändungspfandrechts nicht als veräußerunghinderndes Recht i. S. des § 771 betrachtet werden. Die dingliche Kraft der Anfechtungserklärung macht das Anfechtungsrecht doch nicht zu einem absoluten, einem gegen Dritte wirkenden Recht.

Die materielle Seite des Anfechtungsrechts, die Betrachtung seines Inhalts und seiner Wirkung, spricht ebenfalls gegen die

1) z. B. Hellwig Anf.-Recht S. 475, Hellmann Lehrb. S. 366 Note 5.

2) a. a. O. Anm. 13 zu § 29.

3) a. a. O. S. 52.

4) Jäger Anf.-Ges. S. 67 Note 1.

Anwendbarkeit des § 771. Im Fall I ergreift die Wirkung der Anfechtungserklärung die Voraussetzung der rechtsgültigen Pfändung, das Eigentum des Exequendus am Pfandstück. Jetzt aber richtet sie sich unmittelbar gegen die Vollstreckungshandlung in ihrem Bestande. Das Eigentum des Exequendus soll nicht vernichtet, sondern vielmehr verstärkt werden, indem es seiner die Rechte der Gläubigerschaft verkürzenden Beschränkung durch das Absonderungsrecht des Pfandgläubigers entkleidet wird. Die Zugehörigkeit des Anfechtungsgegenstandes zum freien Schuldnervermögen muß gerade nachgewiesen werden, denn sie bildet auch für die Gläubigerschaft die Voraussetzung ihrer Befriedigung aus dem Pfandstück. Das freie Eigentum des Gemeinschuldners wird nicht nur für den Zeitpunkt der Pfändung anerkannt — und damit ist die Rechtmäßigkeit der Pfändung dargetan —, es soll auch weiterhin im Interesse der Gläubigerschaft aufrecht erhalten, durch keinerlei Vorrechte Einzelner ihrer Befriedigung entzogen werden — deshalb die Vernichtung des Vollstreckungspfandrechts. Diese ist eben nur möglich, wenn die Pfändung an sich zu Recht erfolgt ist. Die Tatsache der Nichtigkeit des Pfandrechts darf nicht zu der Auffassung verleiten, daß die Pfändung einen rechtlichen Mangel enthalte. Immerhin liegt es nach der Dinglichkeitslehre schon näher, auf Grund der Vernichtung des Pfandrechts eine „Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung" anzunehmen, aus der dann Sohm, wie an früherer Stelle dargelegt wurde, die Anwendbarkeit der Widerspruchsklage ableitet. Wir haben aber diese Erweiterung des Anwendungsgebiets der Widerspruchsklage ausdrücklich abgelehnt und werden später noch zu zeigen haben, daß der Anfechtungsberechtigte auch ohne diesen Rechtsbehelf auf anderem Wege der Zwangsvollstreckung wirksam entgegenzutreten in der Lage ist. Die Pfändung hat einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand ergriffen, und ihre daraus sich ergebende Rechtsgültigkeit wird lediglich infolge der erst später eintretenden Konkurseröffnung als der par condictio creditorum widersprechend herausgestellt und deshalb aufgehoben. Mit Abgabe der Anfechtungserklärung fällt das

Pfandstück in das freie Schuldnervermögen zurück, d. h. in die zur Befriedigung der nicht bevorrechtigten Gläubiger bestimmte Konkursmasse. Die Zugehörigkeit zu dem in diesem Sinne freien Schuldnervermögen läßt sich sowohl als Voraussetzung wie auch als Zweck des Anfechtungsrechts bezeichnen: Weil der Gegenstand zum freien Schuldnervermögen gehört, unterliegt er dem Befriedigungsrecht der Gesamtgläubigerschaft; wird die Zugehörigkeit entgegen dieser Bestimmung aufgehoben, so stellt das Anfechtungsrecht sie wieder her. Und zwar ist diese Zugehörigkeit auf Grund des Anfechtungsrechts nicht nur wie nach der Obligationslehre eine durch Rückgewährverbindlichkeit des Anfechtungsgegners erstrebte, sondern eine kraft der dinglichen Wirkung der Anfechtungserklärung tatsächlich vorhandene.

Ebensowenig besitzt der anfechtende Konkursverwalter ein geeignetes Widerspruchsrecht. Daß der Anfechtungsgegenstand der Gläubigerschaft nicht zusteht, die Konkursmasse ihr nicht gehört, noch einem dinglichen Recht unterworfen ist, versteht sich bei Ablehnung des Konkurspfandrechts von selbst. Die Gläubigerschaft hat aber auch keinen Rückgewähranspruch i. S. des § 771. Das Anfechtungsrecht selbst kann hierfür, wie früher bereits dargetan wurde, als Recht des rechtlichen Könnens überhaupt nicht in Frage kommen; es kann allenfalls durch seine erfolgreiche Ausübung ein veräußerunghinderndes Recht zur Entstehung bringen. Mit Abgabe der Anfechtungserklärung tritt der Anspruch auf Rückgewähr des nunmehr ohne ein Pfandrecht im Besitz des Vollstreckungsgläubigers befindlichen Pfandstücks in Kraft. Dieser Anspruch aber vermag hier ebensowenig wie nach der Obligationslehre die Widerspruchsklage zu begründen. Zwar geht er hier auf restitutive Rückgewähr, fordert sie jedoch ebenfalls nicht vom Exequendus, sondern vom Vollstreckungsgläubiger. Er hindert mithin die Veräußerung für den Pfandgläubiger, aber nicht mittelbar, weil dieser einen Gegenstand gepfändet hat, der seinem Schuldner nicht gehörte, sondern unmittelbar, weil der Gegenstand dem Schuldner zwar gehörte, aber der gemein-

schaftlichen konkursmäßigen Befriedigung der Gesamtgläubigerschaft vorzubehalten war. Die Nichtigkeit des Vollstreckungspfandrechts ist nur eine nachfolgende, wirtschaftspolitische und nicht eine ursprüngliche, rechtliche.

Mehr entspricht der Rechtslage des § 771 das Konkurspfandrecht, denn es richtet sich gegen den Kridar, den Vollstreckungsschuldner. Mit dem Rückfall des Anfechtungsgegenstandes in das Schuldnervermögen und der damit verbundenen Zugehörigkeit zur Konkursmasse tritt das Konkurspfandrecht der Gläubigerschaft an ihm in Kraft. Ihr gegenüber ist nunmehr die Verfügungsmacht des Gemeinschuldners ausgeschlossen. Insofern erscheint dieses Recht als ein veräußerunghinderndes Recht i. S. des § 771. Ihm fehlt aber die zweite formelle Voraussetzung des Widerspruchsrechts: Es wird nicht auf den Zeitpunkt der angefochtenen Pfändung zurückbezogen, sondern entsteht erst mit der Konkurseröffnung. Die angefochtene Pfändung liegt begrifflich vor diesem Zeitpunkt; sonst würde gemäß § 7 K. O. das Anfechtungsrecht überflüssig sein. Zur Zeit der Pfändung haben die Gläubiger keinerlei Recht am Anfechtungsgegenstand, das diesen einem Einzelvollstreckungsakt entzöge, gibt es noch keine pfandberechtigte Konkursgläubigerschaft. Dies Moment übersieht offenbar Hellmann,[1] wenn er die Zulässigkeit der Widerspruchsklage bejaht aus der Erwägung, daß die angefochtene Pfändung infolge der rückwirkenden Kraft der Anfechtung das Recht der Konkursgläubiger verletzt, die Veräußerung von Massebestandteilen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger zu verhindern. Zweifellos besitzt das Konkurspfandrecht diese hindernde Kraft während des Konkurses, aber doch nur gegenüber dem lediglich persönlichen Gläubiger, der ohne Rechtstitel Einzelbefriedigung begehrt. Um Absonderungsberechtigten entgegenzutreten, muß die Gläubigerschaft schon auf die Grundlage des Absonderungsrechts zurückgreifen. Das Konkurspfandrecht ist hierfür nicht geeignet, es greift nicht in dieser Weise rückwärts über den

1) Lehrb. S. 366 Note 5.

Zeitpunkt seiner Entstehung hinaus. Die Nichtigkeit des angefochtenen Vollstreckungspfandrechts beruht nicht auf einem Eingriff in jenes Recht; die Notwendigkeit seiner Vernichtung tritt erst zu Tage angesichts der in der Konkurseröffnung sich kundgebenden Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens. Auch hier ist das Verhältnis von Nichtigkeit des Pfändungspfandrechts und veräußerunghinderndem Recht dasjenige von Voraussetzung und Folge, aber nicht im Sinne von § 771: Es ist nicht die Nichtigkeit des Pfandrechts Folge, sondern vielmehr Voraussetzung des Widerspruchsrechts. Die zwangsweise Veräußerung des Pfandstücks kann deshalb nicht nach § 771 verhindert werden; der Vollstreckung ist auf anderem Wege entgegenzuwirken.

Die Unzulässigkeit der Widerspruchsklage aber ergibt sich für die Konkurspfandrechtstheorie lediglich aus diesem zeitlichen und kausalen Verhältnis von Konkurs- und Vollstreckungspfandrecht. Es kann nicht nicht etwa aus § 805 Z. P. O. gefolgert werden, daß die Gläubigerschaft zur Realisierung ihres Pfandrechts nur den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen könne. Denn § 805 setzt die Konkurrenz zweier rechtsgültiger Pfandrechte voraus; nur dann ist eine Rangänderung möglich und geboten. Hier aber ist das Vollstreckungspfandrecht vernichtet, die Befriedigung der Gläubigerschaft ist trotz Identität des Schuldners nicht eine vorzugsweise, sondern eine ausschließliche. Zwar nimmt der bisherige Vollstreckungsgläubiger nunmehr als persönlicher Gläubiger auch am Konkurspfandrecht teil, dieses ist jedoch gegenüber seinem Einzelrecht ein durchaus neues und selbständiges Recht. § 805 findet also auch hier keine Anwendung.

§ 17.

Die Widerspruchsklage unterscheidet sich neben ihrer Begründung auch durch ihren Gegenstand von den übrigen Klagen. Der Intervenient macht, wie früher ausgeführt wurde, nicht sein materielles Recht geltend, sondern lediglich den „Widerspruch" gegen die Vollstreckung. Er bezweckt ausschließlich

die Aufrechterhaltung seines Rechts durch Einstellung der ihn gefährdenden, an sich schon ungültigen Zwangsvollstreckung. Die Widerspruchsklage hat rein defensiven Charakter; sie richtet sich gegen den das Recht des Dritten gefährdenden Vollstreckungsgläubiger. Nur ist eine Verbindung mit der gegen den Exequendus zu richtenden Leistungsklage möglich und von § 771 Abs. II besonders vorgesehen. Der anfechtende Konkursverwalter aber will etwas ganz anderes als Geltendmachung des Widerspruchs in dem hier gekennzeichneten Sinne. Das nach der herrschenden Ansicht im Wege des § 771 geltend zu machende Anfechtungsrecht bedarf des Schutzes gegenüber der Zwangsvollstreckung nicht. Zwar will der Verwalter ebenfalls Einstellung der Vollstreckung. Diese Maßnahme soll jedoch nicht dem Schutz, sondern gerade der Durchsetzung seines materiellen Anfechtungsanspruchs dienen. Das Anfechtungsrecht verdankt seine Entstehung ausschließlich dem prozessualen Akt, auf den der anfechtende und intervenierende Verwalter sein Klagbegehren richtet. Es erschöpft sich in der Richtung gegen die Zwangsvollstreckung, den Pfändungspfandgläubiger. Eine Scheidung zwischen Geltendmachung des Widerspruchs gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger und des materiellen Rechts gegenüber dem Exequendus ist schlechterdings nicht möglich. Mit Einstellung der Zwangsvollstreckung ist das Anfechtungsrecht realisiert und nunmehr die Grundlage für die Durchsetzung des gegen den Exequendus gerichteten Konkursanspruchs oder Konkurspfandrechts geschaffen. Diese Rechte können allenfalls als des Schutzes gegenüber der Vollstreckung bedürftig angesehen werden. Dann aber müßte folgerichtig die Widerspruchsklage auf sie gestützt werden und nicht auf das Anfechtungsrecht, ein Ergebnis, dessen Unannehmbarkeit bereits eingehend begründet wurde. Das Anfechtungsrecht selbst versetzt den Konkursverwalter in ausgesprochene Offensive gegenüber der Vollstreckung. Auch nach dieser Richtung hin erscheint also die Widerspruchsklage ausgeschlossen; von ihren Voraussetzungen ist lediglich die äußerlichste, die „Dritten"-Eigenschaft des Intervenienten erfüllt.

§ 18.

Außerhalb des Konkurses ist die Rechtslage und das Ergebnis ebenso unverändert wie im Fall I. Die dort besprochenen Abweichungen bezüglich der Person des Anfechtungsberechtigten — der anfechtende Einzelgläubiger ist ganz zweifellos Dritter — und der Rückgewähr nach Art und Umfang lassen das Wesen des Anfechtungsrechts unberührt.

Nach der Obligationslehre ist der Vollstreckungsgläubiger verpflichtet, die Vollstreckung in den Anfechtungserwerb, das Pfändungspfandrecht zu dulden, d. h. im praktischen Ergebnis sich der Geltendmachung seines Pfandrechts gegenüber der vom Gläubiger zu betreibenden Vollstreckung in das Pfandstück zu enthalten. Auch hier wird auf Grund des Anfechtungsrechts die Zugehörigkeit des Pfandstücks zum frei verfügbaren Schuldnervermögen im Zeitpunkt der Pfändung nicht bestritten, sondern gerade behauptet. Die Pfändung ist also durchaus rechtmäßig. Vielfach ist außerhalb des Konkurses dem Befriedigungsbedürfnis des Anfechtungsgläubigers bereits durch einen Teil des gepfändeten Vermögenswertes Genüge geleistet, so namentlich dann, wenn wegen einer unbedeutenden Forderung die Pfändung einer wertvollen Sache oder eines Sachinbegriffs angefochten wird. In diesen Fällen kann die Pfändung noch weniger als unrechtmäßig betrachtet werden. Bezüglich des das Anfechtungsbedürfnis übersteigenden Pfandwertes aber ist überhaupt niemand benachteiligt oder auch nur gefährdet.

Auch für die Dinglichkeitslehre gilt das gleiche wie innerhalb des Konkurses. Weder das Anfechtungsrecht noch auch der restitutive Rückgewähranspruch erweisen die Nichtzugehörigkeit des Pfandstücks zum Schuldnervermögen. Vielmehr hebt die Anfechtungserklärung die Verfügungsbeschränkung des Schuldners durch das Pfandrecht ex tunc wieder auf. Im Gegensatz zur konkursmäßigen Anfechtung, bei der nunmehr dem Gemeinschuldner gemäß § 7 K. O. die Verfügung über den Anfechtungsgegenstand genommen ist, hat außerhalb des Konkurses mangels einer befriedigungsbedürftigten Gläubigergemeinschaft der Schuldner wieder die Verfügungsmacht in

vollem Umfang. Diese erlischt erst, wenn der Anfechtungsgläubiger auf Grund seines Vollstreckungstitels seinerseits den Gegenstand pfändet. Nach dem Begriff der relativen Unwirksamkeit i. S. der Dinglichkeitslehre muß allerdings angenommen werden, daß die Vernichtung des angefochtenen Pfandrechts nur im Verhältnis zwischen den Anfechtungsparteien eintritt, der Schuldner sich nicht auf sie berufen kann. Ein materielles Recht des Anfechtungsgläubigers aber, das ihm gegenüber die Verfügungsmacht des Schuldners ausschließt, besteht jetzt ebensowenig wie es zur Zeit der anfechtbaren Pfändung bestand. Gegenüber der konkursmäßigen Anfechtung fehlt es hier neben der Nichtzugehörigkeit auch völlig an einem Recht, das als veräußerung hindernd überhaupt nur in Frage gezogen werden könnte.

§ 19.

Während sich die ganzen bisherigen Untersuchungen bezüglich der Konstruktion der Widerspruchsklage auf dem Boden der prozeßrechtlichen Theorie bewegten, sind nun in aller Kürze auch aus der materiellrechtlichen Theorie die Folgerungen für unsere Aufgabe zu ziehen. Diese Lehre betrachtet, wie bereits früher dargelegt wurde, die Widerspruchsklage lediglich als eine besondere Form der Geltendmachung des subjektiven Privatrechts gegenüber der Zwangsvollstreckung. Sie fordert deshalb zur Begründung ein Recht, das durch die Pfändung verletzt wird und dem Verletzten nach den Grundsätzen des Privatrechts eine Klage gegen den verletzenden Vollstreckungsgläubiger gibt; wie z. B. die actio negatoria auf Grund des Eigentums am Pfandstück. Als solche „Rechte am Gegenstand der Zwangsvollstreckung mit ausschließender Wirksamkeit gegen Dritte“ kommen nur absolute Rechte in Betracht. Die Obligationslehre vermag deshalb in keinem Falle zur Anwendbarkeit des § 771 zu führen. Hiermit steht es scheinbar im Widerspruch, wenn das R. G. das Anfechtungsrecht als „ein gegen Dritte wirkendes Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung“ bezeichnet, einem unstreitig persönlichen Anspruch

anscheinend absolute Wirkung beilegt. Der Grund für diese Auffassung liegt offenbar wieder in einer fälschlichen Gleichstellung des anfechtungsweise zu realisierenden Anspruchs mit dem Anfechtungsanspruch selbst. Gegen die Bezeichnung des Anfechtungsrechts als eines Rechts am Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist nichts einzuwenden, denn unter einem veräußerunghindernden Recht an der Sache ist i. S. des § 771 jedes — dingliche oder persönliche — Recht auf Herausgabe einer nicht zum Schuldnervermögen gehörigen Sache zu verstehen. Ein gegen Dritte wirkendes Recht aber ist das Anfechtungsrecht in keinem Fall. Es richtet sich zwar insofern gegen einen Dritten, als der Anfechtungsgegner eine vom Urschuldner verschiedene Person ist. Für das Anfechtungsrecht selbst aber ist er der eigentliche und ausschließliche Verpflichtete. Das R. G. übersieht, daß zwei selbständige Rechtsverhältnisse neben einander stehen: Das zu vollstreckende Forderungsrecht gegen den Urschuldner, und das Anfechtungsrecht gegen den Anfechtungsschuldner. Jedes dieser Rechte verpflichtet nur eine Person, abgesehen von der etwaigen Ausdehnung der Anfechtung auf Rechtsnachfolger. Die Ansicht des R. G. ist dann vollends unhaltbar, wenn es, wie in manchen Entscheidungen angedeutet wird, sich auf den Boden der materiellrechtlichen Theorie stellt,[1]) denn dann kann von einem „Eingriff" der Zwangsvollstreckung in den persönlichen Anfechtungsanspruch überhaupt nicht die Rede sein.

Aber auch die Dinglichkeitslehre vermag bei Ablehnung der Konkurspfandrechts-Theorie die Widerspruchsklage nicht zu begründen. Das Anfechtungsrecht selbst kann schon deshalb nicht als durch die Pfändung verletzt gedacht werden, weil es lediglich ein Recht des rechtlichen Könnens ist; zudem ist es in Fall II der Pfändung nicht präexistent. Ebensowenig ergibt sich aus der erfolgreichen Ausübung des Anfechtungsrechts und dem mit rückwirkender Kraft eintretenden früheren Rechtszustand ein anderes absolutes Recht. Die Gläubiger besitzen

1) S. oben §§ 4 und 5; die materiellrechtliche Theorie entschieden ablehnend R. G. v. 21. IX. 05 J. W. S. 730 Nr. 26.

in beiden Fällen der Anfechtung nur den persönlichen Anspruch auf restitutive Rückgewähr des Anfechtungserwerbs. Dieser Anspruch besteht im Fall I zwar zur Zeit der Pfändung, wird aber ebensowenig wie nach der Obligationslehre durch sie verletzt. Es ergibt sich somit das in hohem Maße unbefriedigende Resultat, daß auch in Fall I, bei zweifellos vorliegender Unrechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache, dem Dritten doch die Widerspruchsklage nicht zusteht.

Nur nach der Konkurspfandrechts-Theorie ist sie unter Umständen gegeben. Innerhalb des Konkurses entsteht aus der Anfechtungserklärung dies dingliche Recht der Gläubigerschaft am Pfandstück. Der Zeitpunkt seiner Entstehung liegt im Fall II hinter der Pfändung, so daß hier eine Verletzung durch die Pfändung nicht möglich ist. Im Fall I dagegen ist es der Pfändung präexistent, sofern diese nicht gerade in die Zeit zwischen anfechtbarer Rechtshandlung und Konkurseröffnung fällt. Pfändet der Vollstreckungsgläubiger erst nach der Konkurseröffnung, so verletzt die Pfändung das Konkurspfandrecht der Gläubiger des Urschuldners und gibt ihnen die actio hypothecaria gegen den Vollstreckungsgläubiger auf Herausgabe des Pfandstücks. Also nur in diesem einem, von dem zufälligen zeitlichen Verhältnis der Vorgänge zu einander abhängigen Falle und nur vom Standpunkt einer keineswegs als herrschend zu bezeichnenden Lehre vermag die materiellrechtliche Theorie die Widerspruchsklage zu rechtfertigen.

§ 20.

Zum Schluß sind nunmehr die positiven Folgerungen aus unserer Ansicht zu ziehen bezüglich der Stellung und der Schutzmittel des Anfechtungsgläubigers gegenüber der Zwangsvollstreckung. Kann der anfechtende Konkursverwalter, wenn nicht durch die Widerspruchsklage, so doch auf andere Weise, und eventuell auf welchem Wege der Zwangsvollstreckung entgegentreten?

Nach der Obligationslehre ist die Widerspruchsklage in keinem der beiden Anfechtungsfälle zulässig. Die Anfechtung kann vielmehr gerichtlich nur im Wege der Klage geltend gemacht werden im allgemeinen Gerichtsstand des Anfechtungsgegners zur Zeit der Klagerhebung, unter Umständen auch in einem der besonderen Gerichtsstände der §§ 20 ff. Z. P. O.[1]) Die Klage ist innerhalb des Konkurses entweder Leistungs- oder Feststellungsklage, außerhalb des Konkurses kann sie nur auf Leistung gehen.[2]) Gefordert wird im Konkurse Rückgewähr des Pfandstücks zur Konkursmasse bezw. des Vollstreckungspfandrechts durch Freigabe des Pfandstücks, außerhalb des Konkurses Duldung der Zwangsvollstreckung in das Pfandstück.

Der in Fall I zunächst nur gegen den Vollstreckungsschuldner sich richtende Anfechtungsanspruch geht in erster Linie auf Naturalrestitution. Diese ist jedoch infolge der Pfändung dem Exequendus subjektiv unmöglich gemacht; ein Zwang zur Freigabe des Pfandstücks kann auf den Vollstreckungsgläubiger nicht ausgeübt werden. Immerhin besitzt der Exequendus die Möglichkeit, durch anderweite Befriedigung seines Gläubigers den Gegenstand vielleicht wieder einzulösen. Daher ist der Antrag auf Naturalrestitution nicht von vornherein ausgeschlossen.[3]) Ist sie aber infolge des Zwangsverkaufs unmöglich geworden, so kann der Anfechtungsberechtigte im Lauf des Prozesses zum Antrag auf Wertersatz gemäß § 268 III Z. P. O. übergehen.[4]) Der Vollstreckungsschuldner bleibt ihm auf den Wert der Sache verhaftet, und zwar auf den vollen Wert, den sie zur Zeit des Ausscheidens aus dem Schuldnervermögen hatte;[5]) der Gläubiger braucht sich nicht mit dem Betrage zu begnügen, den er im Fall der Zwangs-

1) Hierüber und über den praktischen Wert dieses Ergebnisses Jäger K. O. Anm. 17/18 zu § 29; s. auch Falkmann S. 533 f.

2) R. G. 23. 5, 57. 104, J. W. 92 S. 155 Nr. 23, 96 S. 698 Nr. 13, 02 S. 610 Nr. 20, Seuff. Arch. Bd. 39 S. 30, Bd. 41 S. 287.

3) R. G. J. W. 94 S. 17 Nr. 38; Falkmann S. 567.

4) R. G. 56 S. 387; J. W. 98 S. 262 Nr. 19.

5) R. G. 10. 10, 27. 23, 30. 83, 44. 94, 48. 149 ff, 56. 195 ff, 58. 107, J. W. 98 S. 247 Nr. 10, 03 S. 159 Nr. 24.

veräußerung erzielt hätte.[1]) Hat der Vollstreckungsschuldner gutgläubig und unentgeltlich erworben, so haftet er nach § 37 K. O. und § 7 Anf.-Ges. nur auf die Bereicherung, d. h. nur in Höhe der Verbindlichkeit, von der er durch die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand befreit worden ist.

Zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs stehen dem Gläubiger sowohl der Arrest als auch die einstweilige Verfügung unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu Gebote. Zwar handelt es sich zunächst nur um eine Individualleistung, die Rückgewähr eines bestimmten Gegenstandes, für welche lediglich §§ 935, 940 Z. P. O. Anwendung finden. Der Anspruch ist aber nicht nur ein solcher, der in eine Geldforderung übergehen kann, sondern er ist seinem Wesen nach eine Geldforderung. Dem Gläubiger kommt es auf die Sache nicht um ihrer selbst willen an, sondern um ihres wirtschaftlichen, ihres Geldwertes willen; der Anfechtungsanspruch ist ja nur ein Hülfsmittel der Vollstreckung. Infolgedessen ist von vornherein neben dem Erlaß der einstweiligen Verfügung auch die Anordnung des Arrestes zulässig.[2]) Die letztere Maßregel ist die für den Gläubiger wichtigere. Denn ein nach § 935 an den Schuldner ergehendes Veräußerungsverbot bezüglich des Anfechtungsgegenstandes würde dem Gläubiger keine Sicherung gewähren, da der Gegenstand selbst seiner Befriedigung bereits durch die von ihm nicht zu hindernde Pfändung entzogen ist. Seinem Interesse ist auch durch Anordnung des Arrestes, durch Sicherung seines Ersatzanspruches völlig genügt. Allerdings ist diese denn vereitelt, wenn der Anfechtungsgegner kein pfändbares Vermögen besitzt. Die Ergebnis kann jedoch nicht als unbefriedigend betrachtet werden. Der Gläubiger trägt immer die Gefahr der Verringerung und Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens; seine Sache ist es, den Schuldner im

1) R. G. 30. 89, Sächs. Arch. Bd. 14 S. 392.

2) R. G. vom 30. XI. 87 Seuff. Arch. 43 Nr. 253; O. L. G. Hamburg, Seuff. Arch. 50 Nr. 225; vgl. R. G. 36. 9 f. Jäckel § 12 Nr. 3, Cosack § 40 Nr. 5, Falkmann S. 535, Gaupp-Stein Vorbem. V vor § 916, Reichel Arrestverfahren und Anfechtungsklage, Recht 1908 S. 329/331.

Auge zu behalten und nötigenfalls rechtzeitig seine Befriedigung zu erwirken. Ist für diese erst die Anfechtung erforderlich, so trifft ihn die mit jener verbundene Gefahr nicht zu erlangender Befriedigung.

Gegen den Vollstreckungsgläubiger steht dem Anfechtungsberechtigten nur nach Maßgabe der §§ 40 K. O., 11. Anf. Ges. ein Anfechtungsanspruch zu. Die Anfechtungsklage geht gegen ihn auf Freigabe der Sache zur Konkursmasse, bezw. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Pfandstück. Hier ist in jedem Fall der Antrag auf Naturalrestitution zu richten, da sich der Gegner des Anfechtungserwerbes noch nicht entäußert hat. Der Vollstreckungsgläubiger ist verpflichtet, von der Vollstreckung Abstand zu nehmen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so bleibt er dem Anfechtungsgläubiger auf den Erlös des Zwangsverkaufs verhaftet. Dieser Betrag ist als wahrer Wert des versteigerten Gegenstandes anzusehen. Denn die Gesetze, die eine Versteigerung im Interesse der Beteiligten verschreiben, beruhen auf „der Anschauung, daß durch solche der volle Wert der betreffenden Sachen ermittelt werde, nicht aber, daß sich hierbei ein unter dem vollen Wert verbleibender Erlös ergäbe". [1]) Auch hier steht dem Anfechtungsgläubiger zur Sicherung seines Anspruchs der Arrestantrag zu. Es erhebt sich aber die Frage: Kann dieser Anspruch, der unmittelbar und ausschließlich auf Hinderung der Zwangsvollstreckung geht, nicht im Wege der einstweiligen Verfügung dadurch gesichert werden, daß dem Schuldner die Verfügung über den geschuldeten Gegenstand, das Vollstreckungspfandrecht, untersagt, d. h. daß die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet wird? Es liegt nahe, in dieser Weise dem Zweck der einstweiligen Verfügung entsprechend — die Voraussetzungen des § 935 liegen vor —, dem Gläubiger die geschuldete Leistung zu sichern. Kann doch auch in ähnlicher Weise z. B. dem Verkäufer die anderweite Verfügung über die Kaufsache untersagt werden. Das R. G. aber und fast die gesamte Literatur vertritt den Standpunkt, daß die richter-

1) R. G. 30, 89; Jäger K. O. Anm. 17 zu § 37.

liche Einstellungsbefugnis im ersten Abschnitt des 8. Buchs der Z. P. O. abschließend begrenzt ist, daher nur durch „einstweilige Anordnung" und nie durch einstweilige Verfügung die Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet werden kann.[1]) Folgeweise kann nach der herrschenden Lehre auch bei Anfechtung einer Pfändung der Anfechtungsanspruch nicht durch Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund der §§ 935 ff. geschützt werden,[2]) obwohl diese Maßregel hier sicherlich durchaus zweckmäßig wäre und mit dem Gesetz selbst sich sehr wohl vereinigen ließe. Der Gläubiger muß sich mit der Anordnung des Arrestes begnügen, und kann dies allerdings um so mehr, als damit der Vollstreckungserlös ihm auch bei sonstiger Vermögenslosigkeit des Vollstreckungsgläubigers gesichert wird.

Im Fall II hat der Anfechtungsgläubiger zunächst dieselben Schutzmittel wie in Fall I gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger nach §§ 40 K. O. und 7 Anf. Ges. Hier aber ist ihm unter Umständen auch ein bequemerer Weg gegeben. Innerhalb des Konkurses kann der Verwalter, wenn das Pfandstück im Besitz des Gemeinschuldners belassen war und damit sich nun in seinem Besitz befindet, dem Absonderungsberechtigten gegenüber die Herausgabe verweigern. Erhebt dann der Pfändungspfandgläubiger gegen ihn Klage auf Herausgabe, so kann er der Klage gegenüber das Anfechtungsrecht einredeweise geltend machen[3]) und so das Pfandstück zur Konkursmasse ziehen, ohne daß es für ihn der Klage bedarf. Auch der anfechtende Einzelgläubiger ist jetzt günstiger gestellt. Er besitzt einen Vollstreckungstitel gegen den Schuldner und ist deshalb zur Anschlußpfändung nach § 826 Z. P. O. befugt. Erhebt er darauf gemäß § 827. II Widerspruch gegen die der Reihenfolge

1) R. G. 25 S. 407, J. W. 92 S. 57 Nr. 7, 95 S. 225 Nr. 10, 97 S. 530 Nr. 7, 01 S. 722 Nr. 14, Bayr. Ob. L. G. Seuff. Arch. 50 S. 232; Kamm. Ger. O. L. G. 1 S. 280. Falkmann S. 238; Gaupp-Stein Vorbem. VI. 5 vor § 704, und die übrigen Kommentare.

2) a. A. Hartmann-M. S. 43, L. Seuffert Wid. Kl. S. 77.

3) R. G. 3. 12. 95 J. W. 96 S. 5 Nr. 17; Jäger K. O. Anm. 56, 58 zu § 29.

der Pfändungen entsprechende Verteilung des Erlöses, so kann er in dem nach § 872 einzuleitenden Verteilungsverfahren auf Grund von § 878 sein Anfechtungsrecht zur Geltung bringen. Er erreicht dann kraft der damit eintretenden Unwirksamkeit des vorgehenden Pfandrechts seine vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös.[1])

Die Obligationslehre führt also auch ohne die Zulassung der Widerspruchsklage zu einem durchaus befriedigenden Ergebnis für den Anfechtungsgläubiger. Ist die Durchsetzung des im gewöhnlichen Klagweg geltend zu machenden Anfechtungsanspruchs gefährdet, so steht ihm der für den Anfechtungszweck völlig ausreichende Arrest zur Verfügung. Dieser sichert ihm stets, außer im Fall I bei mangelnder Anfechtbarkeit gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger, den Erlös der Zwangsvollstreckung und damit den von ihm begehrten Wert der Sache.

Die Dinglichkeitslehre führt im Fall I zur Anwendung des § 771. Im Fall II ist die Rechtslage insofern eine andere, als das Vollstreckungspfandrecht durch Abgabe der Anfechtungserklärung vernichtet ist. Damit ist der Vollstreckung ihre Grundlage entzogen, die Zwangsveräußerung des Pfandstücks ist unzulässig, während nach der Obligationslehre der Pfandgläubiger lediglich zum Verzicht auf sein an sich rechtsgültig erworbenes Pfandrecht verpflichtet ist. Dem Anfechtungsberechtigten stehen hier zunächst dieselben Hülfsmittel zu Gebote wie nach der Obligationslehre: Er kann die Anfechtung im Wege der Feststellungs- oder Leistungsklage oder der Einrede ausüben, außerhalb des Konkurses neben der Leistungsklage auch die Anschlußpfändung vornehmen. Ihm muß aber hier auch die Möglichkeit gegeben sein, die ihm gegenüber vorliegende Unrechtmäßigkeit der Vollstreckung zur Geltung zu bringen, die Zwangsveräußerung des Pfandstücks unmittelbar zu hindern. Zu diesem Zweck dient ihm § 766 Z. P. O., dessen Einwendungen und Erinnerungen jedem Dritten zustehen, der in seinem Recht durch die unrichtige Art und Weise der Zwangsvollstreckung

1) Vgl. Gaupp-Stein III zu § 826, II zu § 878.

betroffen ist.[1]) Zu diesen Personen gehört der Anfechtungsgläubiger nach der Dinglichkeitslehre. Die Art und Weise der Vollstreckung ist mangels eines rechtsgültigen Pfändungspfandrechts eine unrichtige. Sie betrifft das Recht des Anfechtungsberechtigten auf Freigabe des Pfandstücks zur Masse bezw. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Pfandstück, denn dieses wird durch die Zwangsveräußerung vereitelt. Wenn der Fall derartiger nachträglicher Nichtigkeit der Pfändung und darauf beruhender Unzulässigkeit der Vollstreckung nirgends für § 766 ausdrücklich hervorgehoben wird, so liegt der Grund auf der Hand: Bei der geringen Geltung der Dinglichkeitslehre wird ein solcher Fall von niemand ins Auge gefaßt. Stellt man sich aber auf den Standpunkt jener Lehre, dann ist § 766 das gegebene Mittel zur Verhinderung dessen, daß der Vollstreckungsgläubiger ohne ein Pfandrecht die Vollstreckung durchführt. Hierfür kann auch § 14 K. O. herangezogen werden. Nimmt ein Konkursgläubiger nach Konkurseröffnung eine Pfändung oder eine andere Vollstreckungshandlung gegen die Masse vor, so ist diese Handlung unwirksam. Die Einwendung des Konkursverwalters gegen eine derartige unzulässige Zwangsvollstreckung wird nach § 766 geltend gemacht.[2]) Das Vollstreckungsgericht hat also in diesem Fall gemäß § 766 über die Zulässigkeit der Vollstreckung zu entscheiden,[3]) und der die Unzulässigkeit aussprechende Beschluß führt zur Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 1, 776 Z. P. O.[4]) Ähnlich liegt es bei Anfechtung einer vor Konkurseröffnung vorgenommenen Pfändung. — Der anfechtende Einzelgläubiger bedarf des Schutzes aus § 766 weniger, weil er sich im Wege der Anschlußpfändung sichern kann. Mit Abgabe der An-

1) R. G. J. W. 90 S. 275 Nr. 6; R. G. 34 S. 380, 50. S. 73; und Kommentare.

2) R. G. 29. 76; L. Seuffert Konk. S. 185, Gaupp-Stein I. 1 zu § 771; abw. Petersen-Kl Anm. 4 zu § 771.

3) Dagegen Falkmann S. 375: Die Frage der Zulässigkeit der Vollstreckung fällt nicht unter § 766.

4) Jäger K. O. Anm. 22 zu § 14.

fechtungserklärung wird der Vollstreckungsgläubiger zum lediglich persönlich berechtigten Konkursgläubiger. Die Zwangsveräußerung des Pfandstücks würde ebenfalls eine Art unzulässiger Zwangsvollstreckung sein, da der Gläubiger nicht durch ein Absonderungsrecht gegen § 14 geschützt ist. Ebenso wie die Nichtigkeit des Vollstreckungsaktes im Regelfall des § 14 durch Einwendung nach § 766 geltend zu machen ist, so hat auch in diesem Fall der das Pfandstück nicht besitzende Konkursverwalter die Unwirksamkeit der Pfändung, die Unzulässigkeit der Sondervollstreckung nach § 766 zu rügen. Das Gericht kann gemäß § 732. II Z. P. O. durch einstweilige Anordnung das Vollstreckungsverfahren einstellen. Wird sodann die Unzulässigkeit der Vollstreckung durch Beschluß ausgesprochen, so ist der Konkursverwalter nunmehr in der Lage, nach § 775. I den Anfechtungsgegenstand zur Masse zu ziehen und damit den Anfechtungszweck zu verwirklichen.

Lebenslauf.

Ich wurde geboren am 4. August 1885 zu Wartenburg a. E. als Sohn des Pfarrers Gustav Wernecke und seiner Ehefrau Johanna geb. Brunner. Durch Privatunterricht vorgebildet, wurde ich Ostern 1898 in die Kgl. Landesschule Pforte aufgenommen, die ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaft in München (S.-S. 1904), Leipzig (W.-S. 1904/5), Berlin (S.-S. 1905, W.-S. 1905/6) und Halle (W.-S. 1906, W.-S. 1906/7). Am 8. Juni 1907 bestand ich die erste juristische Prüfung in Naumburg a. S. und wurde am 27. Juni 1907 bei dem Kgl. Amtsgericht zu Delitzsch vereidigt Mit dem 27. März 1908 wurde ich dem Kgl. Landgericht in Torgau überwiesen. Am 18. Dezember 1908 unterzog ich mich der juristischen Doktorprüfung.

Herrn Professor Dr. Langheineken spreche ich auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank aus für die vielfache Anregung und Förderung, die ich von ihm bei der Abfassung der vorliegenden Arbeit empfangen habe.

Thesen.

I.

Die Ehre ist ein Recht im Sinne des § 823 B. G. B.

II.

Für die Rechtzeitigkeit der Rüge des § 377 H. G. B. sind nicht-gesetzliche Feiertage nicht zu berücksichtigen.

III.

Der gewerbsmäßige Verkauf von Büchern unter dem Ladenpreis enthält keine Verletzung des Urheberrechts.

IV.

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kann auch durch einstweilige Verfügung gemäß §§ 935, 940 Z. P. O. angeordnet werden.

V.

Die Einwilligung eines Minderjährigen steht strafrechtlich in ihren Wirkungen der eines Volljährigen gleich.

VI.

§ 242 St. P. O. bezeichnet lediglich den Zeitpunkt, mit welchem spätestens die Hauptverhandlung beginnt.

VII.

Die Erhebung von Fahrwassergeldern auf natürlichen Wasserstraßen erfordert eine Änderung der Reichsverfassung und der bestehenden Staatsverträge.